۱

البیع

بررسی گسترده‌ی فقهی بیع

اهمیت بیع، تعریف بیع و شمالی از عقود،
گستره‌ی بیع و افتراق آن از سایر عقود،
وقوع حق و منفعت ثابت به عنوان مبیع،
حقیقت مال، ملک و حق،
اثبات قابلیات به عمومات، معاطات،
تمییز بایع از مشتری و...

تقریرات دروس خارج فقه

حضرت آیت الله سید محمدرضا مدرسی طباطبائی یزدی

بسم الله الرحمن الرحیم

البیع بررسی گسترده ی فقهی بیع «اهمیت بیع، تعریف بیع و شماری از عقود، گستره ی بیع و افتراق آن از سایر عقود

نویسنده:

محمد رضا مدرسی یزدی

ناشر چاپی:

دار التفسیر

ناشر دیجیتالی:

مرکز تحقیقات رایانه‌ای قائمیه اصفهان

فهرست

البیع بررسی گسترده ی فقهی بیع «اهمیت بیع، تعریف بیع و شماری از عقود، گستره ی بیع و افتراق آن از سایر عقود

مشخصات کتاب

سرشناسه : مدرسی، محمدرضا، ۱۳۳۴ -

عنوان و نام پدیدآور : البیع بررسی گسترده ی فقهی بیع «اهمیت بیع، تعریف بیع و شماری از عقود، گستره ی بیع و افتراق آن از سایر عقود .../ تقریرات دروس خارج فقه سیدمحمدرضا مدرسی طباطبائی یزدی ؛ تقریر و تنظیم عبدالله امیرخانی.

مشخصات نشر : قم: دارالتفسیر، ۱۳۹۳ -

مشخصات ظاهری : ج.

شابک : دوره:۹۷۸-۹۶۴-۵۳۵-۴۳۴-۱ ؛ ج. ۹۷۸:۱-۹۶۴-۵۳۵-۴۳۳-۴

وضعیت فهرست نویسی : فیپا

یادداشت : کتابنامه.

موضوع : معاملات اموال شخصی و منقول (فقه)

موضوع : معاملات (فقه)

شناسه افزوده : امیرخانی، عبدالله، ۱۳۶۱ - ، گردآورنده

رده بندی کنگره : ۱۹۰/۱BP/م۴ب۹ ۱۳۹۳

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۷۲

شماره کتابشناسی ملی : ۳۶۵۴۸۶۹

اشاره

فهرست مطالب

تنبیهات معاطات

الحمد لله رب العالمين و صلی الله علی محمد و آله الطاهرین و لعنه الله علی اعدائهم اجمعین

پیش گفتار

«بیع» تـأثیر عظیمی در حیـات اجتمـاعی و اقتصادی بشـر دارد؛ چراکه بسـیاری از مبادلاتی که در سـطح خُرد و کلان بین افراد، مؤسـسات، جوامع و دولت ها صورت می پذیرد بر اساس «بیع» است. تبیین حقیقت بیع، فرق آن با سایر عقود و بیان احکام آن می تواند افق رفتار افراد و جوامع را روشن نماید. نظام حقوقی اقتصادی اسـلام آن قدر دارای فروع، خصوصیات و احکام بوده و برترین دانشـمندان و متفکران در تبیین و تحلیـل آن به غور پرداخته انـد که مطمئنـاً در هیـچ کجای دنیا نمی توان نظیر آن را پیدا کرد.

کتاب شـریف «مکاسبِ» شـیخ انصاری قدس سره - وارث فکر هزار و چندین ساله ی برترین متفکران و ژرف اندیشان از شیخ مفید گرفته تا شـیخ طوسـی، ابن ادریس حلّی، محقق حلّی، علامه ی حلّی تا محقق ثانی، صاحب مفتاح الکرامه، کاشف الغطاء و صاحب جواهر قـدس سـرهم - می باشد؛ أعلامی که هر از چندگاهی با گذشت ده ها سال و چه بسا چند صد سال، خداوند متعالماننـد آنان را به جامعه ی بشـری اعطاء می کنـد. لباب افکار این بزرگان در مکاسب انعکاس یافته و شـیخ انصاری اعلی الله مقامه الشریف با آن دقت، احاطه و هنری که داشته تقریباً چیزی را فروگذار

نکرده است، به حدّی که آن را غیر قابل قیاس با کتب حقوقی دنیا قرار داده و می توان گفت از فلسفه های دنیا نیز از حیث إعمال فکر در جهت کشف و نیل به مطلوب، غنی تر است.(۱)

بعد از شیخ قدس سره - نیز افرادی که دارای ذهن خلاق، تحلیل گر، شکافنده ی حقائق و معانی در عالی ترین رتبه ها می باشند، کلمه به کلمه ی مطالب شیخ را که خود دریایی از اندیشه ی جوشان و فکر فروزان بوده مورد ارزیابی قرار داده و در تأیید یا نقد آن قلم زده و زوایای تاریک را روشن کرده یا نظرات جدیدی را به آن افزوده اند.

سید یزدی قدس سره - با آن احاطه ای که داشته حاشیه ی عمیقی(۲) بر مکاسب نگاشته و محقق ایروانی قدس سره - با آن حدّت ذهنی و با نگاهی که به حاشیه ی سید داشته اعمال نظر کرده است.(۳) محقق اصفهانی قدس سره - آن اعجوبه ی کم نظیر در دقت و تسلطِ بر مباحث فکری، حاشیه ی(۴) عمیق و مفصّلی بر مکاسب نوشته و میرزای نایینی قدس سره - با تدریس و محور قرار دادن مکاسب، مطالب زیادی را در مباحث معاملات و خصوص بیع ابراز(۵) فرموده که توسط دو نفر از مقرّران خوش قلم و دقیقشان

۱- برای بررسی اعتبار فکر در کشف و نیل به مقصود، می توانید رجوع کنید به صفحه ی ۲۸-۳۱ از کتاب فلسفه ی اخلاق اثر حضرت استاد دام ظله.

۲- حاشیه المکاسب (للیزدی)، ۲ مجلد، نشر مؤسسه اسماعیلیان.

۳- حاشیه المکاسب (للإیروانی)، ۲ مجلد، نشر وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.

۴- حاشیه کتاب المکاسب (ط- الحدیثه) للإصفهانی، ۵ مجلد، نشر انوار الهدی.

۵- در مقدمه ی المکاسب و البیع تقریر شیخ محمد تقی آملی آمده که وقتی محقّق نائینی می خواستند مبحث مکاسب را شروع کنند فرمودند: «خذوا عنی المکاسب؛ إنی رجلٌ مقبوضٌ» مکاسب را از من بگیرید؛ چراکه من رجلی مقبوضم. در این که مرادشان چه بود، ظاهراً خواسته اند چند مطلب را با هم القاء کنند. یکی این که عمر من رو به غروب است این مطالب را هر چه زودتر از من بگیرید، دیگر این که این مطالب را به این سادگی نه از من و نه از کس دیگر به دست نمی آورید، حالا که در اختیار شما می گذارم خوب از آن بهره بگیرید.

شیخ محمد تقی آملی(۱) و شیخ موسی خوانساری(۲) به رشته ی تحریر در آمده است. امام خمینی قدس سره - نیز با محور قرار دادن مکاسب در تدریس شان بررسی گسترده ای انجام داده و مطالب عالی و دقیقی را بیان فرموده اند. سید خویی قدس سره - مطالب فراوانی را در تبیین و تنقیح آن بیان فرموده که به خاطر بیان شیرین و رسای ایشان و قلم روان مقررین شان در جایگاهی سهل التناول تر از کتب دیگر قرار گرفته است.(۳) ده ها حواشی علمی، انتقادی و توضیحی دیگر نیز وجود دارد که آن ها نیز حائز اهمیت است. در زمان حاضر فهم بسیاری از اندیشه های متبلور در این کتاب ها نیاز هر مجتهدی است تا از اعوجاج در اجتهاد و انحراف در استنباط مصون باشد.

به هر حال کتاب مکاسب علی الخصوص مبحث «بیع» به ضمیمه ی حواشی آن، منبع پایان ناپذیری از علم و فکر در حوزه ی تحلیل مسائل معاملی در زمینه ی فقه و حقوق ارائه کرده که واقعاً بی نظیر است. بسیاری از قواعد مطرح شده در کتاب البیع قواعد سیالی است که در تمام ابواب معاملات کاربرد دارد، لذا با

۱- المکاسب و البیع، تقریر شیخ محمد تقی آملی، ۲ مجلد، نشر دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

۲- منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، تقریر شیخ موسی خوانساری، ۲ مجلد، نشر المکتبه المحمدیه.

۳- سید خویی قدس سره - حداقل دو دوره مکاسب را تدریس فرموده که به حسب اطلاع من سه تقریر از آن توسط اعاظم تلامیذ ایشان در دسترس قرار دارد. یکی «مصباح الفقاهه» تقریر مرحوم توحیدی است که آن مقداری که خودش ناظر بر چاپ بوده بسیار روان و زیباست، ولی عمده اش بعد از رحلت ایشان چاپ شده که مورد رسیدگی قرار نگرفته است. دیگری «محاضراتٌ فی الفقه الجعفری» تقریر مرحوم سید علی شاهرودی است که آن هم تقریری خوب و رساست، بخش مکاسب محرمه در زمان حیات و ظاهراً بقیه بعد از رحلت ایشان چاپ شده است. تقریر دیگر «التنقیح فی شرح المکاسب» مربوط به مرحوم میرزا علی غروی است که به دست عوامل صدام ملعون به شهادت رسید و آن هم بعد از شهادت ایشان به چاپ رسیده است.

تسلّط بر مباحث بیع، حل بسیاری از مباحث مربوط به معاملات دیگر مانند اجاره، مضاربه، مساقات، شرکت، جعاله و ... آسان خواهد بود.(۱) بنابراین کتاب البیع، هم از آن جهت که قوام و حیات اقتصاد جامعه به بیع بستگی دارد دارای اهمیت است و هم از آن جهت که اهمّ مباحث سایر عقود مانند شرائط عقد، شرائط عوضین، شرائط متعاقدین و ... در آن روشن می شود. پس کسی که می خواهد متخصص در این رشته باشد و عن اجتهادٍ استنباط کند یا حداقل کلام دیگران را بفهمد باید در این مسائل غور کرده و از صرف وقت در آن ملول نشود. کسانی که در رشته ی حقوق نیز می خواهند کار کنند اگر بر این مباحث مسلط باشند حقوقدانی خواهند شد که قابل قیاس با اقرانشان نمی باشند.

این مباحث از آن جا که قدرت فکری زیادی به دارس و باحث آن می دهد، فرد را در مسائل فلسفی نیز توانمند می کند و به راحتی می تواند مفاهیم اعتباری را از مفاهیم حقیقی تمییز داده و رابطه ی آن دو را درک کند. فلسفه های جدید نیز که به فلسفه ی زبانی (لینگویستیک فیلاسفی)(۲) و فلسفه ی تحلیلی (انالتیک فیلاسفی)(۳) معروف است و گفتارهای روزمره ی مردم را تحلیل می کند، دارای روش هایی است مشابه روش هایی که در اصول و فقه خصوصاً اصول به کار گرفته می شود، لذا اگر کسی با توان حاصل از آموزش اصول و مکاسب وارد آن مباحث شود می تواند نقّاد، بلکه مُبدِع و مبتکر خوبی در آن مسائل باشد.

۱- خیلی از مباحث مربوط به این معاملات در کتاب البیع بررسی می شود، نسبت به بعضی دیگر هم باحث چنان قدرتی پیدا می کند که دیگر نیازی به بررسی و إعمال فکر زیاد ندارد.

۲- Linguistic philosophy

۳- Analytic philosophy

مطالب کلّی پیرامون بیع

اشاره

تعریف بیع در لغت و نکاتی پیرامون آن

بعضـی مثل محقق نائینی قدس سره – قبل از ورود در اصل بحث و تعریف بیع، چگونگی تقسیم کتب و ابواب فقهی از جمله معاملات را تبیین کرده اند(۱) که فعلاً

۱– المکاسب و البیع (للمیرزا النائینی)، ج ۱، ص۸۲: و ینبغی أن نحقق أولاـ أن البیع منـدرج فی أی باب من أبواب الفقه فاعلم أنهم قسموا الفقه الی عبادات و معاملات و أحکام و العباده تطلق علی معان (الأول) ما یتوقف صحته علی إتیانه بقصد القربه و هـذا هو العبـاده بـالمعنی الأـخص (الثـانی) ما یؤتی به بقصـد القربه و لو لم تکن صـحته منوطه بإتیانه کـذلک و هـذا هو العباده بالمعنی الأعم (الثالث) الوظائف التعبدیه المقرره للمکلفین مما لا یتوقف علی إنشاء أصـلا و هذا أعم من المعنی الثانی و یشمل مثـل القضـاء و الشـهادات و المواریث و نحوهـا (و المعامله أیضا تطلق) علی معان (الأول) مالا یتوقف صـحته علی إتیانه بـداعی القربه و هو المعـامله بـالمعنی الأعم المقابل للعباده بالمعنی الأخص، سواء لم یکن متوقفا علی الإنشاء أو توقف من جانب واحد أو من جانبین (الثانی) ما یتوقف علی الإنشاء مطلقا و لو من جانب واحـد و هـذا أخص من الأول (الثالث) ما یتوقف علی الإنشاء من جـانبین و هـذا أخص من الثـانی أیضا لانحصاره بالعقود. ثم ان العقود تنقسم إلی اذنیه و عهـدیه، و المراد بالاذنیه ما یتوقف علی الاـذن حـدوثا و بقاء بحیث یرتفع بارتفاع الاذن و لو لم یعلم به المأذون کالوکاله الإذنیه و الأمانه و نحوهما، و فی إدراجها فی العقود مسامحه لأن العقـد عباره عن العهـد المؤکد و لا عهد فی العقود الإذنیه لأن قوامها انما هو بالاذن فقط و انما ادرجوها فی العقود لمکان اشـتمالها علی الإیجاب و القبول و علی هذا فلا یشـملها عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ تخصـصا لا تخصـیصا، و انما قیّدنا الوکـاله بالاـذنیه لإخراج ما کان منها منـدرجا تحت العقود حقیقه و هی التی تشـتمل علی شـرائط العقـد علی ما قرر فی محله، و یترتب علیه عـدم بطلانها بمجرد رجوع الموکل بل یتوقف علی بلوغ الرجوع عن الاذن الی الوکیل. و المراد بالعقود العهدیه هی ما تشـتمل علی العهد و الالتزام، و هی تنقسم إلی تعلیقیه و تنجیزیه و المراد بالتعلیقیه ما کان المنشأ معلقا علی أمر کالجعاله (بناء علی کونها من العقود لا من الإیقاعات) و کذا المسابقه و المراماه و الوصـیه. و المراد بالتنجیزیه ما لم تکن کذلک. و کل واحد منهما ینقسم إلی تملیکیه و غیر تملیکیه و التملیکیه أیضا تنقسم الی ما یتعلق بالأعیان و الی ما یتعلق بالمنافع، و کل واحده منهما اما معوضه أو غیر معوضه، فالمعوضه المتعلقه بالأعیان مثل الصلح و البیع، و غیر المعوضه المتعلقه بها کالهبه سواء کانت معوضه أو لاـ و سواء کـان العوض شـرطا فیهـا أو لاـ فـإن الهبه هی التملیک بلا عوض، و انما العوض فی المعوضه منها بإزاء التملیک بمعنی انهـا تملیـک بإزاء تملیک لا مبادله مملوک بمملوک و لـذا لا تقع بلفظ و هبتک هـذا بهـذا بل هـذا تعبیر عن البیع بلفظ الهبه، و فی وقوع البیع به کلاـم یـأتی تحقیقه و الغرض هنـا بیـان أنه لیس بهبه بـل هو بیع مردد بین الصـحیح و الفاسـد بناء علی اعتبـار الألفاظ الحقیقیه فی العقود و عـدم وقوعها بالألفاظ المجازیه و المشترکه بالاشتراک اللفظی أو المعنوی أو عـدم اعتبارها بـل وقوعها بکل لفظ دال علی المقصود و لو بالقرینه و لا فرق فی الهبه فی ما ذکرنا بین ما کانت مشروطه بالعوض کما إذا قال و هبتک هـذا بشـرط أن تهبنی ذاک أو لم یکن، بل وهبه المتهب شـیئا ابتـداء بعوض هبته و إن کان بینهما فرق من وجه آخر و هو جواز الرجوع و عـدمه حیث لاـ یصـح الرجوع فی الأول و یصـح فی الثانی ما لم یهبه المتهب علی تفصـیل فیهما موکول الی محله (و الغرض) بیـان دفع تـوهم کـون الهبه المعـوضه من العقـود التملیکیه المعوضه. و أمـا العقود التملیکیه المعوضه المتعلقه بالمنـافع فکالاجـاره، فإنها من العقود المعاوضـیه و ان کانت من جهه أخری تعدّ فی باب العقود الأمانیه لکون العین المستأجره

امـانه فی یـد المسـتأجر، و لأجل هـذه المناسـبه أدرجها العلّامه (قـده) فی باب الأمانات کما یمکن إدراج الرهن أیضا فیها بتلک المناسـبه لکـون العین المرهـونه امـانه فی یـد المرتهن، کمـا یمکن إدراجه فی بـاب الـدین أیضـا لکونه من ملحقـاته. و أمـا غیر المعوضه المتعلقه بالمنافع فکالعاریه بناء علی أن تکون تملیک المنفعه لا إباحتها و إلا فتنـدرج فی العقود الإذنیه، (فقـد تحصل) أن الـبیع مـن العقـود التنجیزیه التملیکیه المعاوضـیه المتعلقه بالأعیـان. ثم إن الفرق بینه و بین الصـلح الواقـع علی الأعیـان ممـا لا یخفی (و توضـیحه) أن الصـلح عبـاره عن حقیقه واحـده و هی التسـالم المعبر عنه بالفارسـیه (بـا هم بر آمـدن) لکن ما وقع علیه التسالم یختلف، فقد یکون التسالم علی مبادله العین بالمال فیفید (ح) فائده البیع، و اخری یکون علی مبادله المنفعه بالمال فیفید فائـده الإجـاره و ثالثه یقع التسالم علی تملیک العین من غیر عوض فیفیـد فائـده الهبه، و رابعه یقع علی إباحه المنفعه فیثمر ثمره العاریه و هکـذا. و لکن المعنی و هو التسالم فی الجمیع واحـد، و لذا یجب أن یتعدی بکلمه «علی» فلو قیل صالحتک هذا بهذا لم یکن صـلحا بل هو بیع اما فاسـد أو صـحیح علی ما تقـدم فی الهبه آنفا (نعم) عن بعض الأصـحاب صـحه تعدیته بکلمه «عن» فیقال: صالحتک عن کـذا، لکن الظاهر انحصار مورد اسـتعمالها بما فی الـذمه لا مطلقا (و بالجمله) فالصـلح حقیقه أخری مغایره مع البیع و یکون أوسع من حقیقه البیع: بل مع کل معامله یفید فائدتها، و لذا یقع علی الحقوق بل علی إسقاط الحقوق أیضا.

لزومی در طرح آن نیست، لذا وارد اصل بحث که شیخ ذکر فرموده می شویم. مرحوم شیخ در تعریف بیع می فرماید:

و هو فی الأصل کما عن المصباح المنیر(۱) مبادله مال بمال(۲)

کلمه ی «بیع» دارای حقیقت شرعیه یا متشرعه نیست و در آیات کریمه،

۱- المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، ج ۱، ص ۶۹: بـاعَه: (یَبیعُهُ) (بَیْعاً) و (مَبِیعاً) فهو (بَائِعٌ و بَیِّعٌ) و (أَبَاعَهُ) بالأَلِفِ لغهٌ قـاله ابنُ القطَّاعِ و (البَیْعُ) من الأضْـدَادِ مثـلُ الشِّرَاءِ و یُطْلَقُ علی کـلِّ وَاحِـدٍ من المُتَعَاقِـدَینِ أَنَّه (بَائِعٌ) و لکنْ إذا أُطْلِقَ (البائِعُ) فالْمُتَبَادِرُ إلی الـذِّهْنِ بَاذِلُ السِّلْعَهِ و یُطْلَقُ (البَیْعُ) علی الْمَبِیعِ فیُقَالُ (بَیْعٌ جَیِّدٌ) و یُجْمَعُ علی (بُیوعٍ) و (بِعْتُ) زَیداً الدارَ یَتَعَدَّی إلی مَفْعُولَیْنِ و کثُر الاقْتِصَارُ علی الثانِی لأَنَّه المقْصُودُ بالإِسْـنَادِ و لهـذا تَتِمُّ بِهِ الفَائِدَهُ نحوُ بِعْتُ الدَّارَ و یَجُوزُ الاقْتِصَارُ عَلَی الأوّل عند عَدَمِ اللَّبْسِ نحوُ بِعْتُ الأَمِیرَ لأنّ الأمیرَ لا یَکُونُ ممْلُوکاً یُبَاعُ و قد تَدْخُلُ مِنْ عَلَی المفْعُولِ الأوّلِ علی وَجْهِ التوْکِیدِ فیُقَالُ بِعْتُ مِنْ زَیـدٍ الدارَ کَمَا یُقَالُ کَتَمْتُهُ الحَدِیثَ و کتمْتُ مِنْهُ الحَدِیثَ و سَرَقْتُ زَیداً المَالَ و سـرَقْتُ منه المَالَ و رُبَّما دَخَلَتِ اللامُ مَکَانَ مِنْ یقـالُ بعتُـکَ الشـیءَ و بِعْتُه لَـکَ فاللامُ زَائِـدَه زِیادَتَهـا فی قولِهِ تعالی (وَ إِذْ بَوَّأْنا لِإِبْراهِیمَ مَکانَ الْبَیْتِ) و الأَصْلُ بَوَّأْنا إبْرَاهِیمَ و (ابْتَاعَ) زیدٌ الدَارَ بمعنَی اشْتَرَاها و (ابْتَاعَهَا) لِغَیْرِه اشْتَراهَا لَهُ (بَاعَ) علیهِ القَاضِـی أی من غَیْرِ رِضَاهُ و فی الحَدِیثِ «لا یَخْطُبِ الرَّجُلُ علی خِطْبَهِ أَخِیهِ و لا یَبِعْ علی بَیْعِ أخِیهِ» أی لا یَشْتَرِ لأن النَّهْیَ فی هـذَا الحـدِیثِ إِنَّمَا هُوَ عَلَی المُشْتَرِی لا عَلَی البَائِعِ بِـدَلِیلِ روایهِ البُخَارِیِّ «لَا یَبْتَاعُ الرَّجُلُ علی بَیْعِ أخِیهِ» و یُؤَیِّدُه «یَحْرُمُ سَوْمُ الرَّجُلِ علی سَوْمِ أَخِیهِ» و (الْمُبْتَاعُ) (مَبِیعٌ) علی النقْصِ و (مَبْیُوعٌ) علی التّمَام مثلُ مَخِیطٍ و مَخْیُوطٍ و الأَصلُ فی البَیْعِ مُبَادَلَهُ مَالٍ بمَالٍ لِقَوْلِهِم (بَیْعٌ) رَابِحٌ و (بَیْعٌ) خَاسِرٌ و ذلک حقیقهٌ فی وَصْفِ الأَعْیَانِ لکِنَّهُ أُطْلِقَ علی العَقْـدِ مجـازاً لأَنَّهُ سببُ التَّمْلِیکِ و التَّمَلُّکِ و قولُهُم صـحَّ البَیْعُ أَوْ بَطَلَ و نَحوُه أَیْ صـیغَهُ البَیْعِ لکنْ لمَّا حُـذِفَ المُضَـافُ و أُقِیمَ المُضَـافُ إلیهِ مُقَامَهُ و هو مُـذَکَّرٌ أُسْـنِدَ الفِعْـلُ إلیْهِ بلَفْـظِ التـذْکِیرِ و (البَیْعهُ) الصَّفْقَهُ علی إیجابِ الْبَیْعِ و جمعُهَا (بَیْعاتٌ) بالسکُونِ و تُحَرَّکُ فی لُغَهِ هُـذَیْلٍ کما تَقَدَّمَ فی بَیْضَهٍ و بَیْضَاتٍ و تُطْلَقُ أیْضاً علی المُبَایَعَهِ و الطَّاعَهِ و منه (أَیْمَانُ البَیْعَهِ) و هی التی رتَّبَهَا الحَجَّاجُ مُشْتَمِلهً علی أمورٍ مُغَلَّظَهٍ من طَلَاقٍ و عِتْقٍ و صَوْمٍ و نَحْوِ ذلکَ و (البِیعَهُ) بالکسْرِ لِلنَّصَارَی و الجَمْعُ (بِیَعٌ) مثلُ سِدْرَهٍ و سِدَرٍ.

۲- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۷.

روایات شریفه و لسان فقهاء به همان معنای لغوی و عرفی به کار رفته است، لذا اگر بتوانیم همان معنای لغوی را که در ارتکاز اهل لغت بوده و نسلاً بعد نسلٍ ادامه یافته و ظاهراً تغییری در آن ایجاد نشده تحلیل کرده و حدود و ثغور آن را به دست آوریم، می توانیم آیات و روایات مربوطه را معنا کرده و نتیجه ی لازم را به دست آوریم.

مقصود از «اصل» در عبارت فوق یکی از این دو احتمال می تواند باشد:

۱. اصل در مقابل مجاز؛ یعنی معنای حقیقی لفظ بیع این چنین است.

۲. اصل به معنای ریشه؛ یعنی معنای حقیقی اوّل کلمه ی بیع این چنین بوده، هر چند ممکن است از آن معنا منتقل شده و در معنای دیگری به نحو حقیقت استعمال شده باشد.

بعضی شواهد حاکی از آن است که اصل در این جا مقابل مجاز است؛ زیرا از مجموع عبارات فیومی(۱) در المصباح المنیر این طور به نظر می رسد که می خواهد معنای حقیقی بیع را در مقابل معنای مجازی آن بیان کند. عبارت فیومی این چنین است:

و الأصلُ فی البَیْعِ مُبَادَلَهُ مَالٍ بِمَالٍ لِقَوْلِهِم (بَیْعٌ) رَابِحٌ و (بَیْعٌ) خَاسِرٌ و ذلک حقیقهٌ فی وَصْفِ الأَعْیَانِ لکِنَّهُ أُطْلِقَ علی العَقْدِ مجَازاً لأَنَّهُ سبَبُ التَّمْلِیکِ و التَّمَلُّکِ

اصل در بیع، مبادله ی مال به مال است به خاطر این که گفته می شود: بیع رابح و بیع خاسر و آن (اصل بیع یا رابح و خاسر(۲)) حقیقت است در وصف اعیان، لکن مجازاً بر عقد [مرکب از ایجاب و قبول] اطلاق شده است.

۱- منسوب به فیّوم مصر.

۲- معلوم نیست اسم اشاره به اصل بیع برمی گردد یا به رابح و خاسر.

یعنی بیع در اصل برای مبادله ی(۱) اعیان وضع شده و در آن معنا به نحو حقیقت است، ولی مجازاً بر عقد [بعتُ و اشتریتُ] هم اطلاق می شود.

امّا با این حال اقرب به نظر می آید که مقصود از «اصل» در کلام فیومی(۲) و شیخ احتمال دوم باشد؛ یعنی لفظ بیع ابتدا برای مبادله مال بمال وضع شده، ولی به این معنا نیست که اگر در معنای دیگر استعمال شد به نحو مجاز باشد بله استعمال آن در عقد به نحو مجاز است بلکه از معنای اوّل به مناسبت منتقل شده است؛ مثلاًـ اگر مبادله بر روی چیزی واقع شد که مالیت نداشت باز حقیقتاً بیع بر آن اطلاق می شود، هر چند در اصل برای مبادله ی مال به مال وضع شده است.

شاهدی که فیومی برای وضع بیع بر مبادله ی مال به مال ذکر می کند آن است که بیع متصف به رابح و خاسر شده و گفته می شود: بیعٌ رابح و بیعٌ خاسرٌ و این نمی تواند وصف لفظ و عقد باشد، بلکه مربوط به آن مبادله ای است که در عالم اعتبار اتفاق می افتد و عقد سبب آن است؛ زیرا آن مبادله است که دارای ضرر یا منفعت می باشد، صیغه که سود و ضرر ندارد! فعلاً به همین مقدار توضیح بسنده می کنیم و نظر ما در تعریف بیع بعداً خواهد آمد إن شاء الله.

۱- باید مراد ایشان مبادله ی اعتباری باشد؛ زیرا ممکن است مبادله ی خارجی صورت بگیرد ولی بیع محقق نشود.

۲- چون در المصباح المنیر در موارد متعددی بعد از آن که لغت را معنا می کند می گوید: گرچه در اصل به این معناست، ولی بعداً در معنای دیگری به نحو حقیقت به کار رفته است. • المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، ج۲، ص۵۸۰: الْمِنْحَهُ: بِالْكَسْرِ فِي الْأَصْلِ الشَّاهُ أَوِ النَّاقَهُ يُعْطِيهَا صَاحِبُهَا رَجُلًا يَشْرَبُ لَبَنَهَا ثُمَّ يَرُدُّهَا إِذَا انْقَطَعَ اللَّبَنُ ثُمَّ كَثُرَ اسْتِعْمَالُهُ حَتَّى أُطْلِقَ عَلَى كُلِّ عَطَاءٍ وَ (مَنَحْتُهُ) (مَنْحاً) مِنْ بَابَيْ نَفَعَ و ضَرَبَ أَعْطَيْتُهُ وَ الاسْمُ (الْمَنِيحَه).

آیا در بیع باید هر یک از عوض و معوّض عین باشد؟

لزوم عین بودن معوّض به خلاف عوض در نظر شیخ قدس سره –

اشاره

شیخ قدس سره - بعد از ذکر کلام فیومی می فرماید(۱): ظاهر آن است که معوّض اختصاص به اعیان دارد، ولی عوض لازم نیست عین باشد، بلکه می تواند منفعت نیز باشد. مراد مرحوم شیخ این است که عبارت «ذلک حقیقةٌ فی وَصْفِ الأَعْیَانِ» در کلام فیومی که ظهور دارد در این که عوض و معوّض هر دو باید عین باشد مربوط به اصل است؛ یعنی بیع در اصل برای مبادله ی عین به عین وضع شده، ولی بعداً در اعم استعمال شده است. پس در جایی که عوض به جای عین، منفعت باشد مثلاً کتاب را در مقابل یک ساعت کار کردن بفروشد باز حقیقتاً بیع بر آن صادق است، و می فرماید: «لا یبعد عدم الخلاف فیه». امّا در ادامه مرحوم شیخ سخنی دارند که حاصل آن این است که در عین حال، کلام فیومی که هر دو طرف باید عین باشد حرف غریبی نیست؛ چون به بعضی از فقهاء نیز نسبت داده شده که قائلند باید هر دو طرف عین باشد و اگر عوض، منفعت باشد دیگر بیع بر آن صادق نیست.

۱- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص۷: و الظاهر اختصاص المعوّض بالعین، فلا یعمّ إبدال المنافع بغیرها، و علیه استقرّ اصطلاح الفقهاء فی البیع. نعم، ربما یستعمل فی کلمات بعضهم فی نقل غیرها، بل یظهر ذلک من کثیرٍ من الأخبار، کالخبر الدالّ علی جواز بیع خدمه المدبّر، و بیع سکنی الدار التی لا یُعلم صاحبها، و کأخبار بیع الأرض الخراجیه و شرائها، و الظاهر أنّها مسامحه فی التعبیر، کما أنّ لفظ الإجاره یستعمل عرفاً فی نقل بعض الأعیان، کالثمره علی الشجره. و أمّا العوض، فلا إشکال فی جواز کونها منفعه، کما فی غیر موضع من القواعد، و عن التذکره و جامع المقاصد، و لا یبعد عدم الخلاف فیه. نعم، نُسب إلی بعض الأعیان الخلاف فیه؛ و لعلّه لما اشتهر فی کلامهم: من أنّ البیع لنقل الأعیان، و الظاهر إرادتهم بیان المبیع، نظیر قولهم: إنّ الإجاره لنقل المنافع.

البته ی همه ی آن چه که بیان کردیم روی فرض آن است که شیخ قدس سره - همه ی کلام المصباح المنیر را ملاحظه کرده باشند که گفته است «و ذلک حقیقه فی وَصْفِ الأعیان»(۱) و الا اگر فقط به کلام منقول در مکاسب یعنی «مبادلهُ مالٍ بمالٍ» از مصباح اکتفا کرده باشند که احتمال قوی شیخ با واسطه از آن نقل می کنند و بیش از آن نگاه نکرده اند شکی نیست که مفید لزوم عین بودن مبیع نیست؛ چه رسد به این که مفید عین بودن عوض باشد. طبق این فرض کلام شیخ در حقیقت ایراد بر مصباح است که چرا بیع را به این سعه معنا کرده است و می بایست حداقل می گفت: «مبادله عین بمال». همان طور که قبلاً اشاره شد بررسی بیشتر درباره ی تعریف مصباح خواهد آمد إن شاء الله.

به هر حال مرحوم شیخ معتقدند در صدق بیع لازم است که معوّض عین باشد، ولی عوض می تواند منفعت یا حق واقع شود.

بررسی کلام شیخ قدس سره – در لزوم عین بودن معوّض

برای بررسی کلام شیخ باید در معنای عرفی کلمه ی بیع و موارد استعمال آن تأمل کنیم تا ببینیم آیا همان طور که شیخ فرمودند، در بیع لازم است معوّض عین باشد و در نتیجه منافع و حقوق نمی تواند به عنوان مبیع قرار گیرد یا این که لازم نیست؟

معادل دقیق کلمه ی «بیع» در زبان فارسی «فروختن»(۲) است، لذا اگر با ارتکاز زبان فارسی نیز تأمل کنیم ما را کمک خواهد کرد، ولی از آن جا که احتمال دارد معنای «بیع» و «فروختن» اندکی تفاوت داشته باشد، لازم است موارد استعمال بیع

۱- و نیز قبول کنیم که ظاهرش آن است که عوضین هر دو عین باشد.
۲- در این جا نباید غفلت کرد که گفته اند «بیع» از اضداد بوده و به معنای خریدن هم آمده است، گرچه بدون قرینه منصرف به فروختن می باشد.

و مشتقات آن را در زبان عربی مورد دقت و تأمل ویژه قرار دهیم.

ولی این سؤال مطرح می شود که فرضاً اگر ما به این نتیجه رسیدیم که در عصر ما کلمه ی «بیع» در فروش منافع و حقوق نیز به نحو حقیقت استعمال می شود، آیا این کافیست در این که بگوییم لفظ بیع و مشتقات آن در قرآن کریم، روایات شریفه و محاورات عرب صدر اسلام در معنای اعمی به کار رفته است یا کافی نیست؟ چراکه ممکن است تبدّل و تغیّری در معانی الفاظ پیدا شده باشد.

برای پاسخ به این سؤال معمولاً به قاعده ی أصاله عدم النقل تمسک می شود؛ یعنی اصل آن است که تغییر و تبدّلی در معانی الفاظ پیدا نشده و در قدیم هم به همان معنایی که الان استعمال می شود استعمال می شده است. ولی ما در اصول فقه و بحث های دیگر بیان کرده ایم که دلیلی بر این قاعده نه از سیره ی عقلاء و نه ادلّه ی دیگر وجود ندارد. لذا برای حصول اطمینان به آن، راهی جز تتبع در موارد استعمال لفظ «بیع» در زمان نزول قرآن کریم و صدور روایات شریفه نیست.

اطلاق بیع بر فروش غیر عین در روایات

اشاره

جناب شیخ قدس سره - اعتراف می کنند در روایات متعددی بیع در فروش غیر عین استعمال شده است، ولی می گویند استعمال اعم از حقیقت بوده و این استعمال به نحو مجاز است؛ نه حقیقت.

مرحوم شیخ به سه دسته از این روایات اشاره می کنند که عبارتند از:

الف: فروش خدمت عبد مدبر

صاحب وسائل قدس سره - روایات مربوط به فروش خدمت عبد مدبّر(۱) را در بابی

۱- عبد مدبّر، عبدی است که مولایش به او بگوید: أنتَ حرّ دُبُرَ وفاتی، که بعد از وفات مولا آن عبد آزاد می شود.

تحت عنوان «باب جواز إجاره المدبّر» ذکر می کنند که معلوم می شود ایشان نیز استعمال بیع بر آن را به نحو مجاز می دانند. دو نمونه از این روایات عبارتست از:

صحیحه ی أبی مریم الأنصاری:

مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ فَضَالَهَ عَنْ أَبَانٍ عَنْ أَبِی مَرْيَمَ(۱) عَنْ أَبِی عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام - قَالَ: سُئِلَ عَنْ رَجُلٍ يُعْتِقُ جَارِيَتَهُ عَنْ دُبُرٍ أَ يَطَؤُهَا إِنْ شَاءَ أَوْ يَنْكِحُهَا أَوْ يَبِيعُ خِدْمَتَهَا حَيَاتَهُ فَقَالَ: أَيَّ ذَلِکَ شَاءَ فَعَلَ.(۲)

ابو مریم انصاری می گوید: از امام صادق علیه السلام - درباره ی مردی که کنیزش را بعد از وفاتش آزاد می کند سؤال شد آیا باز می تواند او را وطی کند یا به نکاح کسی در آورد یا خدمتش را در مدت حیاتش بفروشد؟ فرمودند: هر کدام از این ها را خواست می تواند انجام دهد.

این روایت از لحاظ سند تمام است؛ هر چند اگر تمام نبود هم می توانست شاهد بر مدعا باشد؛ چراکه ما دنبال استعمال لفظ هستیم و اگر روایت مجعول باشد نیز از آن جا که توسط کسی که آشنای به زبان و استعمالات آن است جعل شده، همین مقدار کفایت می کند.

در این روایت، بیع بر فروش خدمت عبد که منفعت می باشد اطلاق شده و

۱- رجال النجاشی، ص۲۴۷: عبد الغفار بن القاسم بن قیس بن قیس بن قهد أبو مریم الأنصاری روی عن أبی جعفر و أبی عبد الله۸ ثقه. له کتاب یرویه عده من أصحابنا أخبرنا ابن نوح عن الحسن بن حمزه عن ابن بطه عن الصفار قال: حدثنا أحمد بن محمد بن عیسی عن الحسن بن محبوب عنه بکتابه.

۲- وسائل الشیعه، ج ۲۳، كِتَابُ التَّدْبِيرِ وَ الْمُكَاتَبَهِ وَ الِاسْتِيلَادِ، أَبْوَابُ التَّدْبِيرِ، باب۳، ح۱، ص۱۱۹؛ تهذیب الأحکام، ج ۸، ص۲۶۳ و من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص۱۲۱.

این که بعضی آن را حمل بر اجاره کرده اند دلیلی بر آن وجود ندارد و خلاف ظاهر است.

إن قلت: چه فرقی می کند به نحو اجاره باشد یا به نحو بیع؟!

قلت: احکام اجاره با بیع فرق دارد؛ به عنوان مثال بعضی خیارات مخصوص بیع است و در اجاره جاری نیست.

روایت سکونی:

وَ [مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ] بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ يَحْيَى عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ هَاشِمٍ عَنِ النَّوْفَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عَلِيٍّ عليه السلام - قَالَ: بَاعَ رَسُولُ اللَّهِ- صلى الله عليه و آله و سلم - خِدْمَةَ الْمُدَبَّرِ وَ لَمْ يَبِعْ رَقَبَتَهُ.(۱)

سکونی از امام صادق علیه السلام - از پدرشان از امیرالمؤمنین- علیهم السلام - نقل می کنند که فرمودند: رسول الله- صلی الله علیه و آله و سلم - خدمت [عبد] مدبّر را فروختند ولی رقبه اش را نفروختند.

این روایت از لحاظ سند به خاطر نوفلی ناتمام است و مانند روایت قبل بر فروش خدمت عبد مدبر، بیع اطلاق کرده است.

ب: فروش سُکنای دار

موثقه ی اسحاق بن عمّار:

وَ [مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ] بِإِسْنَادِهِ(۲) عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ سَمَاعَةَ

۱- همان، ح۴، ص ۱۲۰ و تهذیب الأحکام، ج ۸، ص ۲۶۰.
۲- تهذیب الأحکام، المشیخه، ص۷۵: و ما ذکرته فی هذا الکتاب عن الحسن بن محمد بن سماعه فقد اخبرنی به احمد بن عبدون عن ابی طالب الانباری عن حمید بن زیاد عن الحسن بن محمد بن سماعه، و اخبرنی أیضا الشیخ ابو عبد اللّه و الحسین بن عبید اللّه و احمد ابن عبدون کلهم عن ابی عبد اللّه الحسین بن سفیان البزوفری عن حمید ابن زیاد عن الحسن بن محمد بن سماعه.

عَنْ عَلِیِّ بْنِ رِئَابٍ وَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ جَبَلَهَ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ عَنْ عَبْدٍ صَالِحٍ علیه السلام - قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ فِی یَدِهِ دَارٌ لَیْسَتْ لَهُ وَ لَمْ تَزَلْ فِی یَدِهِ وَ یَدِ آبَائِهِ مِنْ قَبْلِهِ قَدْ أَعْلَمَهُ مَنْ مَضَی مِنْ آبَائِهِ أَنَّهَا لَیْسَتْ لَهُمْ وَ لَا یَدْرُونَ لِمَنْ هِیَ فَیَبِیعُهَا وَ یَأْخُذُ ثَمَنَهَا؟ قَالَ: مَا أُحِبُّ أَنْ یَبِیعَ مَا لَیْسَ لَهُ قُلْتُ: فَإِنَّهُ لَیْسَ یَعْرِفُ صَاحِبَهَا وَ لَا یَدْرِی لِمَنْ هِیَ وَ لَا أَظُنُّهُ یَجِی ءُ لَهَا رَبٌّ أَبَداً قَالَ: مَا أُحِبُّ أَنْ یَبِیعَ مَا لَیْسَ لَهُ قُلْتُ: فَیَبِیعُ سُکْنَاهَا أَوْ مَکَانَهَا فِی یَدِهِ فَیَقُولُ أَبِیعُکَ سُکْنَایَ وَ تَکُونُ فِی یَدِکَ کَمَا هِیَ فِی یَدِی قَالَ: نَعَمْ یَبِیعُهَا عَلَی هَذَا.(۱)

اسحاق بن عمار می گوید: از عبد صالح [امام کاظم علیه السلام -] سؤال کردم درباره ی شخصی که منزلی را در دست دارد ولی مال خودش نیست اما [تا یاد دارد] در دست پدرانش [نسل به نسل] بوده و آن پدران به فرزندان می گفتند که این خانه مال ما نیست [فقط در آن سکنی داریم] و نمی دانند مال کیست، آیا می توانند آن را بفروشند و ثمنش را اخذ کنند؟ فرمودند: دوست ندارم آن چه را که مال خودش نیست بفروشد. عرض کردم: صاحب آن را نمی شناسد و نمی داند مال کیست و اصلاً گمان نمی کنم صاحبی برای آن پیدا شود. فرمودند: دوست ندارم آن چه را که مال خودش نیست بفروشد. عرض کردم: آیا می تواند سُکنی یا مکان آن را که در دست دارد بفروشد و بگوید سکنای خود را می فروشم و همان گونه که در دست من بود در دست تو باشد؟ فرمودند: بله به این نحو می فروشد.(۲)

۱- وسائل الشیعه، ج ۱۷، کتاب التجاره، ابواب عقد البیع و شروطه، باب۱، ح۵ ، ص۳۳۵ و تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۱۳۰.

۲- معلوم می شود حق سکونت در آن دار را داشته و به نحو غصب نبوده است.

این روایت از لحاظ سند تمام است و بیان می کند منفعت خانه قابل فروش است؛ بدون این که إعمال عنایتی شده و احساس تجوّز شود.

ج: فروش اراضی خراجیه

روایات مربوط به این دسته را در بحث اراضی خراجیه ذکر کرده ایم. از جمله ی آن است:

روایت محمد بن شریح:

وَ [مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ] بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ سَمَاعَةَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ جَبَلَةَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَارِثِ عَنْ بَكَّارِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ شُرَيْحٍ(۱) قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام - عَنْ شِرَاءِ الْأَرْضِ مِنْ أَرْضِ الْخَرَاجِ فَكَرِهَهُ وَ قَالَ: إِنَّمَا أَرْضُ الْخَرَاجِ لِلْمُسْلِمِينَ فَقَالُوا لَهُ: فَإِنَّهُ يَشْتَرِيهَا الرَّجُلُ وَ عَلَيْهِ خَرَاجُهَا فَقَالَ: لَا بَأْسَ إِلَّا أَنْ يَسْتَحْيِيَ مِنْ عَيْبِ ذَلِكَ.(۲)

محمد بن شریح الحضرمی می گوید: از امام صادق علیه السلام - درباره ی شراء زمین های خراجی سؤال کردم، حضرت خوش نداشتند و فرمودند: أرض خراج مال مسلمین است. به حضرت عرض کردند اگر شخصی بخرد و خراجش را بپردازد چطور؟ فرمودند: اشکالی ندارد، مگر این که از عیب آن [که مانند اهل ذمه باید خراج بپردازد] حیا کند.

در این روایت نیز که شراء زمین خراجی را به شرط پرداخت خراج جایز می داند احساس تجوّز نمی شود.

۱- این روایت از لحاظ سند به خاطر علی بن الحارث و بکّار بن ابی بکر ناتمام است.

۲- وسائل الشیعه، ج ۱۷، کتاب التجاره، أبواب عقد البیع و شروطه، باب۲۱، ح۹، ص ۳۷۰ و تهذیب الاحکام، ج۷، ص۱۴۸.

غیر از این سه دسته، بعضی روایات دیگر هم وجود دارد که شراء در مورد منفعت به کار گرفته شده که لازمه ی آن، مبیع بودن منفعت می باشد؛ مثل صحیحه ی علی بن جعفر در شراء حق قَسْم:

وَ [مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ] بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ یَحْیَی عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ الْعَلَوِیِّ عَنِ الْعَمْرَکِیِّ عَنْ عَلِیِّ بْنِ جَعْفَرٍ عَنْ أَخِیهِ مُوسَی بْنِ جَعْفَرٍ۸ قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ لَهُ امْرَأَتَانِ قَالَتْ إِحْدَاهُمَا لَیْلَتِی وَ یَوْمِی لَکَ یَوْماً أَوْ شَهْراً أَوْ مَا کَانَ أَ یَجُوزُ ذَلِکَ قَالَ إِذَا طَابَتْ نَفْسُهَا وَ اشْتَرَی ذَلِکَ مِنْهَا فَلَا بَأْسَ.

وَ رَوَاهُ عَلِیُّ بْنُ جَعْفَرٍ فِی کِتَابِهِ.(۱)

جناب علی بن جعفر می فرماید: از برادرم موسی بن جعفر۸ سؤال کردم درباره ی مردی که دو زن دارد و یکی از آن دو به او می گوید: شب و روز من برای تو به مدت یک روز یا یک ماه یا مادامی که هست، آیا آن جایز است؟ فرمودند: اگر با طیب نفس باشد و مرد آن را از زن بخرد اشکالی ندارد.

به هر حال با تأمّل در موارد استعمال و رجوع به ارتکاز، لزوم عین بودن مبیع احساس نمی شود، بلکه حقوق و منافع نیز اگر به گونه ای ثبات داشته و از حیثیت تدرّج آن غمض عین شود می تواند به عنوان مبیع واقع شده و قابل فروش باشد، مانند خدمت عبد مدبّر در طول حیات مولایش که به عنوان یک واحد در نظر گرفته می شود و قابل فروش است، کما این که امروزه نیز فروش حق، مانند امتیاز آب، برق، تلفن، گاز، سرقفلی(۲) و ... کاملاً مرسوم است بدون

۱- وسائل الشیعه، ج ۲۱، کتاب النکاح، ابواب القسم و النشوز و الشقاق، باب۶، ح۲، ص۳۴۴؛ تهذیب الأحکام، ج ۷، ص۴۷۴ و مسائل علی بن جعفر و مستدرکاتها، ص۱۷۴.

۲- سرقفلی حقی است معنوی که تاجر برای تقدم در اجاره ی محل و ادامه ی تجارت در محل کار خود دارد. مبنای این حق مالی بر این پایه استوار است که مؤسّسات تجاری بیش تر اوقات در ساختمان هایی فعالیت می کنند که مالکیت آن ها متعلق به دیگران است و این ارزش را باید سوای ارزش مادی آن ملک و متعلق به کسی دانست که آن را به وجود آورده است. از سوی دیگر ادامه ی فعالیت تاجر که آن را می توان به هر پیشه ی خدماتی یا حتی تولیدی نیز تسرّی داد تا حد زیادی مستلزم استقرار او در مکان اولیه است. این حق به صاحب آن اجازه می دهد ثمره ی فعالیت خود را از مالک یا کسی که پس از او قصد اجاره ی محل را دارد دریافت کند و همچنین اختیار تام مالک برای بیرون کردن مستأجر را از بین می برد. • زبده الأحکام (للإمام الخمینی)، ص۲۳۹: السرقفلیه و هی علی قسمین: حرام و حلال. فالأول ما لو استاجر محلا- دکانا او دارا او غیرهما- و بعد تمام الاجاره ادّعی شیئا بعنوان السرقفلیه، فإن الأخذ حرام مؤکد سواء أخذها من المالک أو غیره، إذ لا حق له بعد تمام الإجاره مع فرض عدم شرط مع المالک. الثانی: علی أقسام: منها: ما لو استأجر محلا للتجاره مثلا فی مده طویله و کان له حق إیجاره من غیره و اتفق ترقی اجره المحل فی المده، فله إجارته بمقدار ما استأجره أو اقل، و أخذ مقدار بعنوان السرقفلیه لکی یؤجره منه حسب توافقهما. و منها: ما لو استأجر دکه مثلاً سنه و شرط علی المؤجر أن لا یزید علی مبلغ الإجاره إلی عشرین سنه مثلا، و شرط أیضا أنه لو حوّل المکان إلی غیره و هو إلی غیره و هکذا، یعمل المؤجر معه معاملته، ثم اتفق ارتفاع

أجرته، فله أن يحول المحل الى غيره، و يأخذ منه مقدارا بعنوان السرقفليه ليحوّل المحل إليه. و منها: ما لو شرط على المؤجر فى ضمن العقد ان لا يؤجر المحل من غيره و يؤجره منه سنويا بالاجاره المتعارفه فى كل سنه، فله اخذ مقدار بعنوان السرقفليه لإسقاط حقه أو لتخليه المحل. (مسأله) للمالك أن يأخذ أى مقدار شاء بعنوان السرقفليه من شخص ليؤجر المحل منه، كما أن للمستأجر فى أثناء مده الاجاره أن يأخذ السرقفليه من ثالث للايجار منه اذا كان له حق الايجار.

این که مسامحه ای در آن باشد. تحقیق بیشتر درباره ی حقّ و وقوع آن به عنوان معوّض و عوض در آینده خواهد آمد إن شاء الله.

بنابراین فرمایش شیخ قدس سره - که مبیع باید حتماً عین باشد درست نیست، بلکه هر چیزی که مورد توجه عقلاء بوده و مالیت داشته و به گونه ای ثبات داشته باشد می تواند به عنوان مبیع واقع شود.

کلام شیخ قدس سره – در عدم لزوم عین بودن عِوَض

مرحوم شیخ در مورد عِوض قبول می کنند که منافع هم می تواند ثمن واقع شود و لازم نیست حتماً عین باشد. مرادشان از منافع، منافع مملوکه است مانند منفعتِ دار، منفعت عبد، منفعت دابه و امثال آن؛ مثلاً ـ می تواند کتاب را در مقابل یک ماه سکونت منزل یا یک سال استفاده از ماشینِ مشتری بفروشد.

به نظر ما هم که قبول کردیم مبیع لازم نیست عین باشد، به طریق اولی در مورد عوض و ثمن می گوییم لازم نیست عین باشد.

آیا عمل حرّ می تواند عوض واقع شود؟

اشاره

مرحوم شیخ بعد از قبول این که منافع می تواند ثمن واقع شود، این مسأله را مطرح می کنند(۱) که آیا عمل حرّ که منفعت است می تواند به عنوان ثمن واقع شود مثلاً کتاب را در مقابل یک روز کار مشتری بفروشد یا نمی تواند؟

شیخ می فرماید: پاسخ این سؤال بستگی دارد به این که عمل حرّ را قبل از معاوضه مال محسوب کنیم یا خیر. اگر قبل از معاوضه مالیت داشته باشد می تواند ثمن واقع شود، اما اگر مالیت نداشته باشد مشکل است؛ چون احتمال دارد عوضین قبل از معاوضه باید مالیت داشته باشند [و صرف این که بعد از معاوضه مالیت پیدا کند در صحت بیع کفایت نمی کند] کما این که در تعریف مصباح آمده بود «مبادله مال بمالٍ» یعنی بالفعل و قبل از معاوضه باید مال باشد.

این که عمل حرّ بعد از معاوضه مالیت دارد شبهه ای در آن نیست، پس می تواند به عنوان ثمن قرار بگیرد. به عنوان مثال اگر کسی زید را برای یک روز کار اجیر کرد مالک آن عمل می شود و می تواند آن عمل را در معامله ی دیگری به عنوان ثمن قرار دهد.

امّا قبل از معاوضه مالیت دارد یا نه احتیاج به بررسی دارد. پیش از بررسی، مناسب است توضیحی درباره ی مال و تفاوت آن با ملک ذکر شود.

اشاره به تعریف مال و تفاوت آن با ملک

«مال» را مال می گویند چون «یمیل الیه الناس و یرغب فیه العقلاء» و «ملک» آن رابطه ی اختصاصِ شیئی به فرد یا شیء دیگر است که درباره ی حقیقت آن دو إن شاء الله بعداً توضیح خواهیم داد.

۱- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص۸: و أمّا عمل الحرّ، فإن قلنا: إنّه قبل المعاوضه علیه من الأموال، فلا إشکال، و إلّا ففیه إشکال؛ من حیث احتمال اعتبار کون العوضین فی البیع «مالًا» قبل المعاوضه؛ کما یدلّ علیه ما تقدّم عن المصباح.

بین مال و ملک نسبت عموم و خصوص من وجه برقرار است. ممکن است چیزی مال باشد ولی ملک نباشد؛ مثلاً طلاهایی که در دل معادن جای دارد مال است؛ چون یمیل الیه الناس و یرغب فیه العقلاء، ولی ملک نیست؛ زیرا به کسی اختصاص ندارد. یا پرنده ی زیبایی که در هوا پرواز می کند، آهویی که در دشت چرا می کند مال است امّا ملک نیست. گاهی هم ممکن است چیزی ملک باشد ولی مال نباشد؛ زیرا آن قدر کم ارزش است که لا ـ یرغب فیه العقلاء به نحوی که ثمن در مقابلش پرداخت کنند؛ مثلاً یک دانه گندم از یک کومه، ملک زید است ولی مالیت ندارد؛ یعنی چیزی نیست که عقلاء به آن رغبت داشته و در مقابلش پول بپردازند. گاهی هم هر دو در چیزی جمع می شوند که به آن مالِ مضاف گفته می شود؛ مانند کتاب زید، ماشین زید و ... که هم مالیت دارد و هم اختصاص به زید دارد. گاهی هم چیزی نه مال است و نه ملک، مانند یک قطره آب دریا که نه مورد رغبت است و نه ملک کسی.

با روشن شدن تعریف مال و تفاوت آن با ملک، باید بررسی کنیم آیا عمل حرّ قبل از معاوضه مالیت دارد و در صورت مال بودن آیا ملک نیز هست یا خیر؟ اگر اثبات شود عمل حرّ قبل از معاوضه مالیت داشته و ملک آن حرّ می باشد یعنی مال مضاف است ثمره ی عظیمی بر آن مترتب خواهد شد و آن این که:

ثمره ی مهم مالیّت عمل حرّ قبل از معاوضه

به عنوان مثال اگر کسی مانع رفتن پزشکی به مطب شد به این معناست که آن مقدار پولی را که پزشک می توانست در آن روز درآمد داشته باشد اتلاف کرده و در نتیجه ضامن است. یا اگر پای کسی را شکست علاوه بر دیه ی پا، آن مقدار پولی را که در آن مدت به خاطر شکستگی پا نتوانسته استیفاء کند ضامن می باشد و این در خیلی از نظام های حقوقی دنیا مطرح بوده و اجرا می شود.(۱)

۱- در قانون مجازات اسلامی نیز این موضوع فی الجمله مطرح شده بود، ولی فقهای محترم شورای نگهبان به خاطر عدم قبول اطلاق چنین ضمانی، آن را رد کردند.

آیا عمل حرّ قبل از معاوضه مال است؟

اشاره

خیلی از أعلام از جمله سید یزدی قدس سره -(۱)، محقّق اصفهانی - رحمه الله علیه - (۲)، مرحوم امام قدس سره -(۳)، سید خویی - رحمه الله علیه - (۴) و برخی دیگر(۵) این رأی را اختیار کرده اند که عمل حرّ

۱- حاشیه المکاسب (للیزدی)، ج ۱، ص۵۵: ففیه [فی عمل الحرّ قبل وقوع معاوضه علیه] وجوه: أحدها: أن یقال إنّه مال عرفیّ مطلقا إذ لا فرق بینه و بین عمل العبد مع أنّه لا إشکال فی کونه مالا- الثّانی: أن یقال إنّه لیس بمال فعلا و لذا لا یتعلّق به الاستطاعه إذ لا یجب الحجّ علی من کان قادرا علی الکسب فی طریق الحجّ أو إجاره نفسه و صرف الأجره فی الحجّ و أیضا لو حبسه الظّالم لا یکون ضامنا لما یمکنه أن یکتسب فی ذلک الیوم مثلا بخلاف ما إذا حبس العبد أو الدّابّه فإنّه ضامن لمنافعهما و إن لم یستوفها. الثّالث: أن یفرق بین عمل الکسوب و غیره و یقال إنّ الأوّل مال عرفیّ دون الثّانی و هذا غیر بعید من الصّواب للصّدق العرفی فی الأوّل دون الثّانی و یمکن هذا الفرق فی مسأله الضّمان و تعلّق الاستطاعه أیضا بل فی مسأله الکلّی فی الذمّه أیضا یمکن الفرق بین من کان من شأنه بحسب العاده تملّک ذلک المقدار کما إذا کان له مزرعه یحصل منها ذلک المقدار عاده و بین غیره.

۲- حاشیه کتاب المکاسب (للأصفهانی، ط - الحدیثه)، ج ۱، ص۱۶: ... فتلخص مما ذکرنا: أنّ الاشکال فی عمل الحرّ إن کان من جهه عدم المالیه، ففیه: أنّه مال لما مرّ، و إن کان من جهه عدم الملکیه، ففیه: أنّه لا یجب فی المبیع و لا فی العوض أن یکون مملوکا، بل قابلا لأن یملک بالبیع أو الإجاره.

۳- کتاب البیع (للإمام الخمینی)، ج ۱، ص۳۷: ثمّ إنّ عمل الحرّ مال سواء کان کسوباً أم لا؛ ضروره أنّ خیاطه الثوب أو حفر النهر، مال یبذل بإزائه الثمن، و لیس المال إلّا ما یکون مورداً لرغبه العقلاء و طلبهم، و معه یبذلون بإزائه الثمن. نعم، مالیته باعتبار توقّع حصوله و وجوده، لکن لا بمعنی أنّه قید لها، بل بمعنی کونه مالًا بلحاظه، فیکون ذلک کجهه تعلیلیّه لذلک، فالفرق بین عمل الکسوب و غیره من جهه صدق «المال» فی الأموال دون الثانی، کما التزم به الطباطبائی (قدّس سرّه) فی «تعلیقته» لیس علی ما ینبغی.

۴- مصباح الفقاهه، ج ۲، ص۳۴: و الحق: أنه لا یفرق فی صدق مفهوم المال علی عمل الحرّ بین وقوع المعاوضه علیه و عدمه. و الوجه فی ذلک ما ذکرناه سابقا من أن مالیه الأشیاء متقومه برغبه الناس فیها رغبه عقلائیه. و لا یعتبر فی ذلک صدق الملک علیها، لأن النسبه بینهما هی العموم من وجه. إذ قد یوجد المال و لا یتحقق الملک. کالمباحات الأصلیه قبل حیازتها، فإنها مال و لیست بمملوکه لأحد. و قد یوجد الملک، و لا یصدق علیه مفهوم المال. کحبه من الحنطه، فإنها ملک لصاحبه، و لیست بمال، إذ لا یبذل بإزائها شیء. و قد یجتمعان و هو کثیر. و من المعلوم أن عمل الحر- قبل وقوع المعاوضه علیه- من مهمات الأموال العرفیه و إن لم یکن مملوکا لأحد بالملکیه الاعتباریه. بل هو مملوک لصاحبه بالملکیه الذاتیه الأولیه علی ما عرفته فی أول الکتاب.

۵- حاشیه المکاسب (للآخوند)، ص۳: قوله (ره): (و امّا عمل الحرّ، فان قلنا انه قبل المعاوضه- إلخ-) لا إشکال انه من الأموال،

بـداهه انّ حـاله حال عمل العبـد، فى كونه ممّا يرغب فيه، و يبـدل بإزائه المال، و ان كان قبل المعاوضه، لا يكون ملكا، بخلاف عمل العبـد، لأنّه ملك لسـيّده بتبعه، و لا شـبهه فى عدم اعتبار الملكيّه قبلها، لوضوح جعل الكلى، عوضا فى البيع، مع عدم كونه ملكا قبله. • نهج الفقاهه (للسيد الحكيم)، ص۵: ماليه المال تكون بحدوث الرغبه فى الشى ء على نحو يتنافس فيه و هذا المعنى لا يتوقف على الوجود فان الذهب و الياقوت مما يرغب فيهما وجدا أو عدما كما هو ظاهر. ثم انه لا يظهر الفرق بين عمل الحرّ و بين الأعيان الذميه مثل المبيع فى السـلف و الثمن فى النسيه فإنه لا وجود لهما فى الذمه قبل المعاوضه مع انه لا إشكال فى صحه المعاوضه عليهما و كونهما مال.

قبـل از معـاوضه مال است و مالیّت آن در گرو تحقق معاوضه نیست. در این میان محقّق اصـفهانی - رحـمه الله علیه - و مرحوم امام قدس سره - بهتر و فنّی تر از دیگران وارد بحث شده اند.

محقّق اصـفهانی قدس سره - ابتدا دو وجه از جانب منکرین مالیّت عمل حرّ قبل از معاوضه ارائه کرده، سپس هر دو را نقد می کند.

ارائه و نقد وجوه عدم مالیّت عمل حرّ قبل از معاوضه از جانب محقّق اصفهانی – رحمه الله علیه –

وجه اوّل محقق اصفهانی قدس سره –

اشاره

هر وصف ثبوتی باید موضوعش نیز ثبوت و وجود داشته باشد، البتّه باید در نظر داشت که ثبوت کلّ شـیء بحسبه؛ اگر چیزی جوهر باشد ثبوتش به نحو ثبوت جوهری است، عرض باشد به نحو عرضی است، امر انتزاعی و معقول ثانی

فلسفی باشد ثبوتش به ثبوت منشأ انتزاع آن است و اگر اعتباری محض باشد ثبوت موضوعش نیز به همان نحو مناسب اعتباری است.

مالیّت (کون الشیء مالاً) نیز از آن جا که وصفی ثبوتی است، موضوع آن نیز باید به نحوی از أنحاء موجود باشد؛ چراکه معنا ندارد موضوعی که معدوم است دارای وصفی ثبوتی باشد. به همین خاطر عمل حرّ چون بالفعل معدوم است و تحقق پیدا نکرده نفس عمل معدوم است، هر چند توانایی آن بالفعل موجود است(۱) پس هیچ وصف ثبوتی حتّی به نحو اعتباری نمی تواند داشته باشد؛ چه رسد به وصف انتزاعی، عرضی یا جوهری. بنابراین وصف «مالٌ» بر عمل حرّ عارض نمی شود و عمل حرّ مالیّت ندارد.(۲)

۱- باید توجّه داشت نفس عمل، موضوع است؛ نه توانایی بر عمل [یا اثر آن]. بعضی از محشّین در این جا دچار اشتباه شده اند. • غایه الآمال فی شرح کتاب المکاسب، ج ۲، ص۱۶۹: و المراد بکونه بعد المعاوضه کونه بعد وجود العمل بمقتضی المعاوضه و الا فمطلق کونه بعدها و ان لم یباشر العمل لا یوجب تغیرا فی حال العمل حتّی یدخل بسبب ذلک فی عنوان المال. ثمّ انا نقول ان المراد بعمل الحرّ اثر عمله و الا فنفس العمل قبل الوجود معدوم و فی حال الوجود مستدرج یوجد منه شی ء و یفنی ثم یوجد الأخر و هکذا فهو غیر فارّ الذات کما انّه بعد الفراغ منه فإن بالمره غیر موجود أصلا فلا یقبل الاتصاف بعنوان المال فی شی ء من الأحوال لکن مع ذلک إطلاق الکلام (المصنف) (رحمه الله) لا (یخلو) من اشکال؛ لأن أثر عمل الحرّ علی قسمین: محسوس کالحاصل من الصیاغه و الخیاطه و نحوهما و غیر محسوس کالصّیلوه و الصّوم الصادرین ممن استوجر لهما و القسم الأوّل مما لا بأس بصدق المال علیه و فی صدقه علی القسم الأخیر اشکال ان لم نقل بأنّ الظّاهر عدم صدقه علیه.

۲- حاشیه کتاب المکاسب (للأصفهانی، ط - الحدیثه)، ج ۱، ص۱۵: وجه عدم کونه مالا قبل المعاوضه، إمّا کون المالیه صفه وجودیه و لو بوجود منشأ انتزاعها، فلا ینتزع من المعدوم، و إمّا لأنّه لا یصدق عرفا علی الحرّ بملاحظه عمله أنّه ذومال، و لذا لا یتعلق به الاستطاعه و لا یضمن عمله إذا حبسه الظالم، بخلاف ما إذا کان أجیرا للغیر فإنّه مال له. فإن کان الوجه هو الأول ففیه: أنّه لا فرق فیه بین وقوع المعاوضه علیه و عدمه، لبقائه علی عدمه، و ینتقض بالکلی الذمی فی باب السلف، فإنّه أیضا معدوم فلا یکون مالاـ و بمطلق المنفعه فی الإجاره، مع أنّها أیضا لاـ تتعلق إلّا بالمال. و إن کان الوجه هو الثانی کما یشهد له الفرق بین وقوع المعاوضه علیه و عدمه ففیه: بعد النقض بالمبیع الکلی الذمی، بل بالثمن الکلی الذمی و بخصوص المنافع العملیه فی باب الإجاره، أنّ غایه ما یقتضیه هذا الوجه هو نفی الملکیه و کونه ذا مال لا نفی المالیه. توضیح المقام: أنّ المالیه و الملکیه اعتباران عقلائیان، تنتزع الاولی من الشی ء بملاحظه کونه فی حد ذاته مما یمیل إلیه النوع و یرغبون فیه و یبذلون بإزائه شیئا، فالمنّ من الحنطه فی حد نفسه لیس کالمنّ من التراب مثلا، بل ینتزع عنه عنوان المالیه بالاعتبارات المتقدمه، فهی و إن کانت صفه ثبوتیه إلّا أنّها اعتباریه، و موردها ما یکون متحیّثا فی حد ذاته بتلک الحیثیات، غایه الأمر أنّ هذا الشی ء الذی هو فی حد ذاته مال، تاره یکون موجودا، و أخری معدوما. نعم فعلیه البذل موقوفه علی تقدیر وجوده فی الذمه، أو تقدیر وجوده بوجود العین- کالمنفعه التی هی من حیثیات العین و شؤونها. و ینتزع الثانیه بملاحظه ... .

مناقشه ی محقق اصفهانی قدس سره – در وجه اوّل

محقّق اصفهانی – رحمه الله علیه – می فرماید: این وجه حلّاً و نقضاً قابل جواب است.

جواب نقضی

۱. عمل حرّ بعد از معاوضه که همه قبول دارند مالیّت دارد، آن هم معدوم است و به صرف معاوضه و أجیر شدن، عملِ معدوم موجود نمی شود. پس معلوم می شود ملاکی که گفته شد درست نیست.

۲. بیع کلّی در ذمّه در باب سلف، مانند بیع یک تُن گندم که در سال آینده در تیرماه تحویل دهد، با این که گندم بالفعل معدوم است ولی بیع آن صحیح می باشد.

۳. اجاره ی منافع أعیان، مانند سُکنای دار، رکوب دابّه و ... در حالی که این منافع بالفعل معدوم بوده و متدرّج الحصول می باشد، ولی با این حال مالیّت دارد؛ چراکه مورد اجاره باید مال باشد.

جواب حَلّی

مالیّت یک اعتبار عقلائی است که از اشیاء به اعتبار رغبت و میلی که عقلاء به آن دارند انتزاع می شود. به عنوان مثال از یک مَنّ حِنطه عنوان مالیّت انتزاع می شود؛ چراکه مورد رغبت عقلاء است و علامتش این است که «یبذلون بإزائه شیئا» به خلاف یک مَنّ خاک در جایی که خاک فراوان است؛ چون مورد رغبت عقلاء نیست «و لا یبذلون بإزائه شیئاً» لذا مالیّت هم ندارد.

بنابراین مالیّت گرچه وصفی ثبوتی است ولی اعتباری بوده(۱) و بر هر چیزی که فی حدّ نفسه و فی حدّ ذاته متعلق رغبت عقلاء بوده و متحیّث به آن حیث باشد عارض می شود و لازم نیست آن ماهیت بالفعل موجود باشد، بلکه تارةً موجود و تارةً معدوم است.

بنابراین همین که ذات و ماهیت شیء، مورد رغبت عقلاء باشد کافی است که متصف به مالیّت شود.

بله! آن ماهیت تا لباس وجود به تن نکند حقیقتاً یا تقدیراً بالفعل ثمن در مقابلش پرداخت نمی شود. بنابراین طبق این بیان، عمل حرّ چون مورد رغبت

۱- اگر تعریف مالیت «ما یمیل إلیه النوع و یرغبون فیه و یبذلون بإزائه شیئا» باشد دیگر نمی توان گفت مالیت عنوانی اعتباری است و حقیقتی وراء اعتبار عقلاء ندارد، بلکه باید گفت عنوانی انتزاعی است؛ چراکه منشأ انتزاع آن یعنی رغبت عقلاء حقیقتاً وجود دارد و صرف فرض فارض نیست؛ مگر این که گفته شود مراد محقق اصفهانی از اعتباری، همان انتزاعی است یا در تعریف مالیت تجدید نظر کرده و گفته شود «مالیت عنوانی اعتباری است که عقلاء در جایی که به چیزی رغبت داشته باشند آن را جعل می کنند و واقعیتی وراء جعل و اعتبار ندارد» ولی التزام به این مشکل است، لذا مناسب است بگوییم مالیت عنوانی انتزاعی است؛ نه اعتباری. طبق این بیان، دیگر شارع بما هو شارع نمی تواند در مورد شیئی سلب عنوان مالیت کند؛ چراکه به ید شارع نیست و همین که منشأ انتزاع آن یعنی رغبت عقلاء وجود داشته باشد این عنوان از آن انتزاع می شود. بله شارع می تواند احکام وضعی و تکلیفی برای آن جعل کند. (امیرخانی)

عقلاء می باشد مالیّت دارد، ولی بذل ثمن در مقابل آن موقوف است به این که وجود تقدیری پیدا کند و آن وقتی است که شخص توانا تعهّد به انجام عمل دهد.(۱)

بررسی کلام محقّق اصفهانی – رحمه الله علیه – در نقد وجه اوّل

در بررسی کلام محقّق اصفهانی - رحمه الله علیه - می گوییم:

اوّلاً: ایشان ابتدا در تعریف مال فرمودند: «ما یمیل إلیه النوع و یرغبون فیه و یبذلون بإزائه شیئاً» و نتیجه گرفتند عمل حرّ قبل از معاوضه چون مورد رغبت عقلاء است و در مقابل آن بذل مال می شود پس مال می باشد، ولی در ذیل می فرمایند: «فعلیه البذل موقوفه علی تقدیر وجوده فی الذّمه» یعنی فعلیت بذل مال [در مقابل ماهیت صرف نیست، بلکه] در مقابل وجود تقدیری و در ذمّه مستقر شده است. بنابراین عمل حرّ نیز تا وجود تقدیری پیدا نکرده و در ذمه مستقر نشده، بالفعل در مقابل آن چیزی پرداخت نمی شود و این نقض کلام اوّل خودشان است؛ چراکه طبق این بیان در مقابل عمل حرّ قبل از معاوضه چیزی بذل نمی شود.

ثانیاً: این که فرمودند آن چه که عقلاء به آن رغبت پیدا می کنند و متصف به مالیّت می شود نفس شیء فی حدّ ذاته، صرف نظر از وجود و عدم (یعنی ماهیت صرف) است به هیچ وجه قابل قبول نیست؛ چراکه هیچ اثری بر ماهیت بما هی

۱- حاشیه کتاب المکاسب (للأصفهانی، ط - الحدیثه)، ج ۱، ص۱۶: توضیح المقام: أنّ المالیه و الملکیه اعتباران عقلائیان، تنتزع الاولی من الشی ء بملاحظه کونه فی حد ذاته مما یمیل إلیه النوع و یرغبون فیه و یبذلون بإزائه شیئا، فالمنّ من الحنطه فی حد نفسه لیس کالمنّ من التراب مثلا، بل ینتزع عنه عنوان المالیه بالاعتبارات المتقدمه، فهی و إن کانت صفه ثبوتیه إلّا أنّها اعتباریه، و موردها ما یکون متحیّثا فی حد ذاته بتلک الحیثیات، غایه الأمر أنّ هذا الشی ء الذی هو فی حد ذاته مال، تاره یکون موجودا، و أخری معدوما. نعم فعلیه البذل موقوفه علی تقدیر وجوده فی الذمه، أو تقدیر وجوده بوجود العین کالمنفعه التی هی من حیثیات العین و شؤونها.

هی مترتب نیست و عقلاء هم رغبتی به آن ندارند و شأن آن حتی دون تر از ماهیت ذهنیّه است؛ چراکه ماهیت ذهنیه لاأقل وجود ذهنی و اثر مناسب آن را دارد؛ به خلاف ماهیت من حیث هی هی که عاری از لباس وجود بوده و هیچ اثری بر آن مترتب نیست.

محقّق اصفهانی – رحمه الله علیه – خودشان در اصول فقه در مبحث این که آیا اوامر به طبایع تعلق می گیرد یا به افراد و اشخاص، تصریح فرمودند(۱): طبیعت بما هی طبیعت که

۱- الاصول علی النهج الحدیث، ص۱۰۳: فی انه یمکن تعلق الأمر بالطبیعه أو لا یمکن إلا بالفرد ... فلا بدَّ من رسم أمور یتضح به الحال: (و منها)- انه بعد إمکان وجود الطبیعی لا بدَّ من ان یتعلّق الأمر بنفس وجود الطبیعی لا بنفس الطبیعی، لا لما أفاد شیخنا الأستاذ (قده) «من ان الماهیّه من حیث هی لیست إلا هی لا هی مطلوبه و لا غیر مطلوبه»، لأن هذه العباره تقال فی مقام ان الماهیه بحسب وجدانها الماهوی غیر واجده إلا لذاتها و ذاتیاتها، فما عداها لیس عین الماهیه و لا جزءها حتی لوازم الماهیه، فالماهیه بحسب ذاتها لا کلیّه و لا جزئیّه، مع انها بالحمل الشائع اما کلیّه أو جزئیّه، فالصلاه- مثلًا- و ان لم یکن الطلب عینها و لا جزءها لا وجوداً و لا عدماً لکنها بسبب تعلق الطلب بها مطلوبه و مع عدمه غیر مطلوبه. و إنّما لا یتعلّق الطلب بالماهیه لأن الجعل التشریعی لا یتعلق إلا بما هو قابل للجعل التکوینی. و قد حقق فی محله ان الجعل البسیط متعلّق بالوجود لا الماهیه للبراهین المذکوره فی محلّه، و یکفیک برهاناً علیه ان الماهیه غیر واجده بوجدان ماهوی إلا لذاتها و ذاتیاتها، و لیست جزئیّه الماهیه إلا بلحاظ فیضانها من جاعلها، و لیس بین الجاعل و ذات المجعول امر آخر یکون مصداقا للفیض إلا الوجود، فانه بلحاظ قیامه بجاعله إفاضه و بلحاظ قیامه بالماهیه مجعول مفاض، و لا یعقل جعل الماهیه المتحصّل له، و إلا لکان التحصّل فی مرتبه ذاتها، و کلّ شی ء کان التحصّل فی مرتبه ذاته کان واجب الوجود. (و منها)- ان الوجود المضاف إلی الطبیعی أو إلی الفرد لیس نفس الوجود الخارجی التحقیقی، فانّه یستحیل ان یکون مثله متعلّقاً للشوق النفسانیّ و لا متعلّقاً للبعث الاعتباری، و إلا لزم تقوّم الصفه النفسانیّه بالخارج عن أفق النّفس و تقوّم البعث الاعتباری، بالأمر المتأصّل، فیلزم خارجیه النفسانیّ و تأصّل الاعتباری و بالعکس، و کما لا یعقل تعلّقهما بالموجود المحقق کذلک لا یعقل تعلقهما بالوجود العنوانی الفانی فی الموجود المحقق، فان محذورهما طلب الحاصل، بل المراد بالوجود المضاف إلی الطبیعی أو الفرد هو الوجود الخارجی الفرضی التقدیری فی قبال الوجود الخارجی التحقیقی، و الشوق و البعث یتعلقان به لإخراجه من حد الفرض و التقدیر إلی حد الفعلیّه و التحقیق. و مما ذکرنا تبین ان المحذور و دفعه غیر مختصین بوجود الفرد بل جار فی وجود الطبیعی أیضا.

مورد رغبت نیست تـا امر و نهی به آن تعلق گیرد، بلکه وجود تقـدیری طبیعت یا به تعبیر آقا ضـیاء قـدس سـره - طبیعت خارج دیـده شـده مورد رغبت و امر و نهی است. بنابراین آن چه مورد رغبت است و مالیت دارد ماهیت در خارج یا ماهیت در طریق خارج است؛ مثلاً سـیبی که در خارج است و کبوتری که موجود است مورد رغبت است، اما ماهیت سـیب و کبوتر صـرف نظر از وجود آن در خارج و بدون وصف خارجیت مرغوبیتی ندارد.

پس عمل حرّ نیز تا وجود تقدیری پیدا نکرده و در ذمّه مستقر نشده عنوان مالٌ بر آن صادق نیست.

دفاع مرحوم امام قدس سره – از مالیّت عمل حرّ قبل از معاوضه

مرحوم امام قدس سره - که از طرفداران نظریه ی مالیّت عمل حرّ قبل از معاوضه هستند، ظاهراً اشکالی که ما مطرح کردیم در ذهن مبارکشان بوده و خواسته اند با این کلام به آن پاسخ دهند:

«إنّ عمـل الحرّ مـال سواء کـان کسوبـاً أم لا؛ ضـروره أنّ خیاطه الثوب أو حفر النهر، مال یبـذل بإزائه الثمن، و لیس المال إلّا ما یکون مورداً لرغبه العقلاـء و طلبهم، و معه یبـذلون بإزائه الثمن. نعم، مالیته باعتبار توقّع حصوله و وجوده، لکن لا بمعنی أنّه قید لها، بل بمعنی کونه مالاً بلحاظه، فیکون ذلک کجهه تعلیلیّه لذلک»(۱)

۱- کتـاب البیع (للإمام الخمینی)، ج ۱، ص۳۷: ثمّ إنّ عمـل الحرّ مـال سواء کان کسوباً أم لا؛ ضـروره أنّ خیاطه الثوب أو حفر النهر، مـال یبـذل بـإزائه الثمن، و لیس المـال إلّـا مـا یکون مورداً لرغبه العقلاـء و طلبهم، و معه یبـذلون بإزائه الثمن. نعم، مالیته باعتبار توقّع حصوله و وجوده، لکن لا بمعنی أنّه قید لها، بل بمعنی کونه مالًا بلحاظه، فیکون ذلک کجهه تعلیلیّه لذلک، فالفرق بین عمل الکسوب و غیره من جهه صدق «المال» فی الأموال دون الثانی، کما التزم به الطباطبائی قدس سـره - فی «تعلیقته» لیس علی ما ینبغی.

حاصل فرمایش ایشان این است که من قبول دارم ذات بما هی ذات مالیّت ندارد، بلکه به اعتبار توقع حصول و وجودش مالیّت دارد، ولی بایـد توجه داشت این توقع حصول و وجود، جهت تعلیله است نه تقییدیه و باعث می شود ذات بما هی ذات مطلوب شـده و مالیّت پیدا کند. نظیر این که تابش خورشـید حیثیت تعلیله در قرمزی سـیب است، ولی قید در آن نیست. در این جا نیز علّت تحقق وصف مـالیّت، وجود یـا توقع حصول و وجود است، امـا آن چه در حقیقت متصف به مالیّت می شود ذات بما هی ذات می باشد.

نقد فرمایش مرحوم امام قدس سره -

حقیقت آن است که تفکیـک ماهیت و هویت از وجود، احتیاج به إعمال فکر دارد که گرچه فیلسوف و شبه آن به راحتی بین آن تفکیـک می کنـد، امّـا عرف اصـلاً بین وجود و ماهیت تفکیک نمی کنـد و همیشه ماهیت موجود یا مقـدّره الوجود(۱) را تصور می کنـد و کاری به ماهیت من حیث هی هی ندارد. لذا فرمایش امام - رحمه الله علیه - برای دفع اشـکال کافی نیست و مـالیّت که وصـفی عرفی است، وصف برای مـاهیت موجود یـا مقـدّره الوجود می باشـد. بنـابراین عمل حرّ از آن جا که وجود بالفعل ندارد و متدرّج الحصول است، زمانی دارای وصف مالیّت خواهد شد که به نحوی مقدّره الوجود شود و آن وقتی است که عاملِ توانا متعهّد به انجام عمل شود.(۲)

۱- یعنی ماهیتی که همراه وجود است می بیند.

۲- بعد از تأمّل در فرمایشات بلند محقق اصـفهانی، حضرت امام قدس سرهما - و حضرت استاد دام ظله شاید بتوان نکات ذیل را تحصیل کرد: الف) همان طور که حضرت استاد دام ظله فرمودند ماهیتِ صرف و شیء فی حد نفسه نمی تواند مورد رغبت عقلاء باشـد؛ چون هیـچ اثری بر آن مترتب نمی شود، لـذا برای این که مورد رغبت عقلاء قرار گیرد لازم است به نوعی فرض وجود برای آن شود که حضـرت امام قدس سره - از آن تعبیر به توقّع حصول و وجود کردند و حضرت استاد دام ظله به وجود تقـدیری. ب) اسـتقرار در ذمه و تعهـد در مواردی که شـیء بالفعـل موجود نیست دخیـل در مـالیت آن نیست؛ چون دخیل در رغبت نیست و معمولاً رغبت قبل از تعهـد و اسـتقرار در ذمه وجود دارد که محرک شـخص برای ایجاد قرارداد و گرفتن تعهد برای تحویل می شود. بله تعهد ممکن است در فعلیت بذل مال در قبال آن دخیل باشد، ولی این ضـربه ای به مالیت داشتن قبل آن نمی زند. به عنوان مثال ماشـین نزد عقلاء مالیت دارد و یُبذل بإزائه شیءٌ، هر چند فعلیت بذل وقتی است که صاحب ماشین تعهـد به تحویـل آن دهـد. گـاهی هم شـیئی که بالفعـل موجود نیست آن چنـان مورد رغبت عقلاء واقع می شود که حاضـرند بالفعل برای به دست آوردن آن در جایی که توقع حصولش وجود دارد بـذل مال کثیر کننـد؛ هر چنـد دریافت کننـده ی بـذل تعهـدی به تحویـل نـداده باشـد. به عنوان مثـال داروی فلان بیماری که هنوز کشف نشـده به شـدت مورد رغبت است و عقلاء حاضـرند برای به دست آوردن آن به محققینی که در این زمینه تحقیق می کنند مال کثیری پرداخت کنند، بدون این که تعهد داده باشـند آن را بتواننـد کشف کننـد. بنابراین تعهـد و استقرار در ذمه دخیل در مالیت و رغبت عقلاء نیست، هر چند ممکن است دخیل در فعلیت بـذل مال باشـد و بایـد توجه داشت «یبذلون بإزائه شـیئاً» در کلام محقق اصـفهانی قدس سـره - با «فعلیه

البذل» تفاوت دارد و آن چه دخیل در مالیت است «یبذلون بإزائه شیئا» است؛ نه «فعلیه البذل». با این توضیحات روشن می شود که عمل حرّ قبل از معاوضه و تعهد، مالیت دارد، هر چند فعلیت بذل طبق بیان محقق اصفهانی قدس سره – علی تقدیر وجوده فی الذمه می باشد. ج) مرحوم امام قدس سره – فرمودند توقع حصول، حیثیت تعلیلیه برای مالیت پیدا کردن شیء فی حد ذاته می باشد؛ نه حیثیت تقییدیه، این کلام همان طور که حضرت استاد دام ظله فرمودند قابل پذیرش نیست؛ زیرا رغبت عقلاء اولاً و بالذات بر آن آثار تعلق گرفته است که از لوازم وجود ماهیت است؛ نه ماهیت فی حدّ نفسه و بما هی هی. بنابراین توقع حصول حیثیت تقییدیه است؛ نه تعلیلیه. (امیرخانی)

پاسخ نقض های محقق اصفهانی قدس سره – در وجه اوّل

با این بیان جواب نقض هایی که محقّق اصفهانی – رحمه الله علیه – ذکر فرمودند روشن می شود:

امّا کلی در ذمّه در باب سلف، از آن جا که به همراه تعهّد است پس وجود

تقدیری دارد؛ علاوه آن که شروطی دارد تا به راحتی بتوان آن را تحصیل کرد؛ مانند فراوانی مصادیق آن کلی و ... .

امّا منافع اعیان در اجاره مانند سکنای دار، رکوب مرکب و ... از آن جا که این منافع تضمین شده است و عملاً قابلیت سکنی در دار و رکوب مرکب که در مدت زمان اتفاق می افتد هم اکنون به نحوی متراکم موجود است، پس نقض وارد نیست.

و امّا عمل حرّ بعد از معاوضه، آن هم همان طور که محقّق اصفهانی - رحمه الله علیه - فرمودند بعد از معاوضه وجود تقدیری دارد.

بنابراین نتیجه این شد که استدلال اوّل منکرین مالیّت عمل حرّ قبل از تحقق معاوضه تمام است و اشکال محقّق اصفهانی - رحمه الله علیه - و دیگران بر آن وارد نیست.

وجه دوم و نقد آن از جانب محقق اصفهانی قدس سره -

وجه دومی که محقّق اصفهانی - رحمه الله علیه - از قِبَل منکرین مالیّت عمل حرّ قبل از معاوضه ذکر می کند آن است که به صرف داشتن قدرت بر انجام عملی که ارزش اقتصادی بالایی دارد، فرد قادر ذومال محسوب نمی شود؛ مثلاً جرّاح حاذقی که می تواند روزی ده ها میلیون تومان درآمد کسب کند، قبل از انعقاد قرارداد برای انجام عمل ذومال محسوب نمی شود، بلکه می گویند به راحتی می تواند مال کسب کند امّا بالفعل ذومال نیست. در نتیجه مستطیع محسوب نمی شود و حج بر او واجب نیست و اگر ظالمی او را حبس کرد ضمان مالی بر عهده اش نیست.

ولی به مجرد این که معاوضه صورت گرفت و اجیر شد مستأجر ذومال می شود؛ یعنی مالك عملی می شود که ده ها میلیون تومان ارزش مالی دارد.

محقّق اصفهانی - رحمه الله علیه - دلیل دوم را نیز ابتدا نقض می کنند سپس می فرمایند(۱): غایت

۱- حاشیه کتاب المکاسب (للأصفهانی، ط - الحدیثه)، ج ۱، ص۱۵: و إن کان الوجه هو الثانی: کما یشهد له الفرق بین وقوع المعاوضه علیه و عدمه ففیه: بعد النقض بالمبیع الکلی الذمی، بل بالثمن الکلی الذمی و بخصوص المنافع العملیه فی باب الإجاره أنّ غایه ما یقتضیه هذا الوجه هو نفی الملکیه و کونه ذا مال لا نفی المالیه.

آن چه که استدلال دوم اقتضاء می کند آن است که حرّ به صرف توانایی بر انجام عمل، ذومال و مالک عمل محسوب نمی شود و به اصطلاح آن عمل، مال مضاف نیست، ولی دیگر نفی مطلق مالیّت عمل نمی کند؛ چون همان طور که بیان کردیم بین ملک و مال، عموم و خصوص من وجه برقرار است و منافات ندارد جایی ملک صادق نباشد ولی مال صادق باشد.

بنابراین می توانیم بگوییم عمل حرّ قبل از معاوضه گرچه مالیّت دارد، ولی ملک آن حرّ نیست؛ به همین خاطر ذومال محسوب نمی شود و مستطیع نمی باشد و اگر کسی مانع کار او شد ضامن نمی باشد؛ زیرا ضمان برای مطلق اتلاف مال نیست، بلکه إتلاف مال غیر یعنی مال مضاف ضمان دارد و به همین دلیل إتلاف اموال مباح ضمان آور نیست.

انکار مالکیت حرّ بر عمل از جانب قائلین به مالیت آن

اشاره

بسیاری از قائلین به مالیت عمل حرّ قبل از معاوضه، مالکیت وی بر آن مال را انکار کرده اند؛ به همین جهت او را مستطیع محسوب نکرده و منع از عمل وی را ضمان آور نمی دانند. ولی جای این سؤال باقی است که چطور عملی که مالیت دارد و تحت اختیار و سلطنت آن حرّ قرار دارد مضاف به او نیست و او را ذومال محسوب نمی کنند؟!

این سؤال طبق مبنای ما که قائل به عدم مالیت عمل شدیم جایگاهی ندارد، ولی قائلین به مالیت عمل را به تکاپو انداخته تا تخلّصی از این تنگنا پیدا کنند که چطور عمل حرّ که مال است و تحت اختیار و سلطنت وی قرار دارد مضاف به وی نیست؟!

تخلّص از طریق لغویت جعل اعتباری و نقد آن

بعضی گفته اند: از آن جا که سلطنت حرّ به عملش به نحو ملکیت حقیقی است و فرض ملکیت اعتباری و قراردادی برای وی لغو بوده و دیگر عقلاء آن را اعتبار نمی کنند؛ چون اثری بر آن مترتب نمی باشد، پس حرّ مالکیت اعتباری بر عملش ندارد، به همین خاطر ذومال نیز بر او اطلاق نمی شود؛ زیرا ذومال فقط به کسی گفته می شود که مالکیت اعتباری داشته باشد.(۱)

گرچه کبرای این کلام که اگر در جایی که ملکیت حقیقی وجود دارد و فرض ملکیت اعتباری لغو باشد عقلاء آن را اعتبار نمی کنند صحیح می باشد؛ زیرا به طور کلی تمام اعتبارات عقلاء در جایی است که اثر عملی بر آن مترتب باشد، ولی در ما نحن فیه لغو نیست و می توان فرض اثر برای ملکیت اعتباری کرد و آن این که استطاعت، ضمان و بعضی امور دیگر بر آن مترتب می شود. بنابراین چه مانعی دارد علاوه بر ملکیت حقیقی، ملکیت اعتباری نیز به خاطر ترتب این آثار جعل شود؟!

عدم ضمان در منع از عمل حرّ کَسوب قبل از معاوضه

طبق مبنایی که ما اتخاذ کردیم اگر کسی مانع از انجام عمل حرّ کسوب قبل از معاوضه شود مثلاً مانع از رفتن سر کار بنّایی که روزی صد هزار تومان درآمد دارد شود ضامن نیست؛ چون اصلاً اتلاف مال نکرده و در نتیجه مشمول «من

۱- مصباح الفقاهه، ج ۲، ص۳۶: و قد عرفت قریبا: أن عمل الحر- قبل وقوع المعاوضه علیه- غیر مملوک له کذلک، لأن ثبوت شی ء لشی ء بالإضافه الاعتباریه إنما یصح فی غیر موارد الثبوت الحقیقی. و إلا کان الاعتبار لغوا محضا، و تحصیلا للحاصل. و من المفروض أن عمل الحرّ مملوک له بالإضافه الذاتیه. کما أن اللّه تعالی مالک لمخلوقاته بالإضافه الذاتیه الإشراقیه.

اتلف مـال الغیر فهو له ضـامن» نمی شود؛ چراکه عمل آن فرد، معـدوم بوده و متّصف به وصف مالیت نشـده بود تا اتلاف مال صادق باشد.

ولی سید خویی – رحمه الله علیه – از طریق دیگری خواسته اند در این جا اثبات کنند ضمان دارد.

کلام سید خویی قدس سره – در اثبات ضمان از طریق سیره ی عقلائیه

سید خویی قدس سـره – می فرماید: سـیره ی جاری قطعی عقلاء بر این است که مانع حرّ کسوب از کسبش را ضامن می دانند و از آن جا که این سیره مردوعه نیست، کشف می کنیم که مورد امضاء معصوم علیه السلام – می باشد.(۱)

نقد کلام سید خویی قدس سره –

در نقد کلام سید خویی قدس سره – می گوییم:

اوّلا: در این که ایشان بین سیره ی عقلائیه و قاعده ی «من اتلف مال الغیر فهو له ضامن» تفکیک کرده اند کلامی داریم که إن شاء الله در مباحث آینده متعرض آن خواهیم شد و شاید مورد قبول ایشان نیز باشد.

ثانیاً: سیره ی عقلاء در صورتی حجت است که کاشف از امضاء معصوم علیه السلام –

۱– همان: و أما الوجه فی أن إتلاف عمل الحرّ لا یوجب ضـمانه علی المتلف فهو أن قاعده الضمان بالإتلاف لیست بروایه لکی یتمسـک بإطلاقهـا فی المـوارد المشـکوکه. بـل هی قاعـده متصـیده من الموارد الخـاصه. و إذن فلاـ بـد من الاقتصـار فیهـا علی المواضع المسـلمه المتیقنه. و مع الإغضاء عن ذلک، و تسـلیم کونها روایه أنها غریبه عن عمل الحر. إذ المسـتفاد منها أن إتلاف مـال غیره موجب للضـمان. و من الواضـح أن الظـاهر من کلمه (المـال) هو المـال المضـاف الی مـالکه بالإضافه الاعتباریه. و قد عرفت: أن عمل الحر– قبل وقوع المعاوضه علیه– لیس کذلک. و علیه فلا یکون مشـمولا لقاعده الضمان بالإتلاف. نعم إذا کان الحرّ کسوبـا: و له عمـل خـاص یشـتغل به کـل یوم– کالبنایه و التجاره و الخیاطه و غیرها– فان منعه عن ذلک موجب للضـمان، للسیره القطعیه العقلائیه.

باشد(۱) و آن وقتی است که اگر به قهقرا برگردیم تا زمان معصوم علیه السلام - امتداد داشته و در مرئی و منظر ایشان بوده و ردع نفرموده باشند تا کشف کنیم مورد امضاء ایشان بوده است.(۲)

این که بگوییم سیره ی عقلاء از زمان قدیم تا کنون بر این منوال بوده که اگر کسی مانع از کسبِ مثل بنّاء، کارگر، تاجر و ... می شد، علاوه بر تقبیح مزاحمت، حکم به ضمان مالی نیز می کردند که باید خسارت آن مدت را بپردازد، انصافاً مشکل است. حتی امروزه هم نمی توان گفت سیره ی عقلاء این چنین است. بله، گاهی در بعضی موارد چنین حکمی مشاهده می شود، امّا این که در حد سیره ای باشد که عقلاء بر آن مشی کنند هرگز نمی توانیم آن را احراز کنیم؛ چه برسد به این که بگوییم تا زمان معصوم علیه السلام - اتصال داشته است!

لازمه ی وجود چنین سیره ای آن است که هرگاه فردی باعث مریضی دیگری شد عقلاء حکم کنند که علاوه بر هزینه ی بهبودی باید هزینه ی محروم شدنش از کار در مدت بیماری را بدهد، یا اگر باعث شد دست کسی از کار بیفتد باید عقلاء حکم کنند علاوه بر دیه ای که میان عقلاء مرسوم است، مقدار پولی هم که آن شخص می توانست و در صدد بود با آن دست کسب کند باید جبران کند و هکذا در امثله ی دیگر، در حالی که چنین سیره ای وجود ندارد و اگر هم وجود داشته باشد با توجه به ابواب مختلف فقه می توان اطمینان حاصل کرد که شارع این سیره را امضاء نکرده است و احتمال این که گفته شود در مثل موارد پرداخت

۱- چون حجت نزد ما کتاب، سنت، اجماع و عقل است. اجماع هم در واقع به سنت برمی گردد، پس در حقیقت حجت فقط کتاب، سنت و عقل است. سیره ی عقلا همان طور که بارها تذکر داده ایم غیر از عقل است، بلکه اگر به گونه ای باشد که کاشف از امضاء معصوم علیه السلام - باشد داخل در سنت قرار می گیرد و از این طریق حجت می شود.

۲- بله در مرئی و منظر معصوم بودن به گونه ای در برخی موارد شرط نیست که در جای خود بیان خواهد شد، ولی ما نحن فیه از مصادیق آن نیست.

هزینه ی معالجه ی بیماری و دیه، مبلغ اتلاف عمل، دمج در هزینه ی معالجه یا دیه شده ادّعای بدون شاهد است.

در روایات شریفه بیش از دیه، چیز دیگری به عنوان جبران خسارت محروم شدن از کسب حتی اگر آن شخص، کسوب فوق العاده باشد ذکر نشده و حتی یک بار هم مورد سؤال واقع نشده است. این بدین معناست که ذهن متشرعه و بلکه ذهن عقلاء از آن منصرف بوده و حتی احتمال آن را نمی دادند تا مورد سؤال قرار دهند. بله تنها یک روایت در مورد بیشتر شدن هزینه ی مداوا علاوه بر دیه وارد شده که آن هم اوّلاً هیچ ربطی به جبران عمل حرّ ندارد؛ ثانیاً علی رغم تمام بودن سند روایت، مورد اعراض فقهاء واقع شده و فی ما أعلم احدی به آن فتوا نداده است.

اگر مانع شدن از عمل حرّ ضمان داشت، از آن جا که عمل افراد بسیار متفاوت است نحوه ی محاسبه و مقدار ضمان آن مکرراً مورد سؤال واقع می شد و در مجامع روایی موجود، حداقل یک روایت هر چند ضعیف در این زمینه یافت می شد، در حالی که ما تا به حال به چنین روایتی برخورد نکرده ایم، اعلامی هم که احاطه ی کامل بر فقه دارند چیزی ذکر نکرده اند. پس چگونه می توان گفت سیره ی عقلائیه قائم است بر این که مانع شدن از عمل حرّ کسوب ضمان دارد؟!

پس خلاصه ی نقد کلام سید خویی قدس سره – این شد که اوّلاً چنین سیره ای حتی در عصر حاضر وجود ندارد؛ چه رسد به این که تا زمان معصوم علیه السلام – اتصال داشته باشد. ثانیاً اگر چنین سیره ای وجود داشته باشد نه تنها مورد امضاء نیست، بلکه می توان خلاف آن را با تتبع در فقه و روایات احراز کرد.

ثبوت ضمان در صورت استیفای عمل حر

باید توجه داشت این که گفتیم منع از عمل حرّ قبل از معاوضه ضمان ندارد، این طور نیست که اگر کسی عمل را استیفاء کرد نیز ضمان نداشته باشد، بلکه اگر حرّی را وادار به عمل کرد ضامن است(۱) و باید اجره المثل آن را پرداخت کند. دلیل این حکم، سیره ی مستمره ی عقلاء است که مورد ردع شارع واقع نشده، بلکه در موارد خاصی مورد تأیید نیز واقع شده و چه بسا اطلاقاتی مانند «لَا یَبْطُلُ حَقُّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ»(۲) بر آن دلالت می کند.

۱- در فقه از آن تعبیر به «ضمان الأمر» می شود: • العروه الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص۱۱۲: (مسأله ۱۹): إذا أمر بإتیان عمل فعمل المأمور ذلک فإن کان بقصد التبرّع لا یستحقّ علیه اجره و إن کان من قصد الآمر إعطاء الأُجره و إن قصد الأُجره و کان ذلک العمل ممّا له اجره استحقّ و إن کان من قصد الآمر إتیانه تبرّعاً سواء کان العامل ممّن شأنه أخذ الأُجره و معدّاً نفسه لذلک أو لا، بل و کذلک إن لم یقصد التبرّع و لا أخذ الأُجره، فإنّ عمل المسلم محترم ... . • موسوعه الفقه الإسلامی طبقا لمذهب أهل البیت علیهم السلام، ج ۴، ص۳۰۸: لو أمر شخص العامل بعمل فأتی به لا بقصد التبرّع استحق العامل اجره المثل إن کان للعمل اجره عاده، و إن کان من قصد الآمر التبرّع إذا لم یکن العامل عالماً بذلک، و لا فرق فی ذلک بین کون العامل ممن شأنه أخذ الاجره و معدّاً نفسه لذلک أو لا، بلا خلاف بین الفقهاء. و فی حکم الأمر ما لو أذن له فی العمل- و لو بالفعل- کأن جلس بین یدی الحلاق لحلق رأسه.

۲- وسائل الشیعه، ج ۲۹، کِتَابُ الْقِصَاصِ، أَبْوَابُ الْقِصَاصِ فِی النَّفْس، بَابُ ۳۵، ح۱، ص۸۹: مُحَمَّدُ بْنُ یَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ یَحْیَی عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ وَ عَنْ عَلِیِّ بْنِ إِبْرَاهِیمَ عَنْ أَبِیهِ جَمِیعاً عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ هِشَامِ بْنِ سَالِمٍ عَنْ عَمَّارٍ السَّابَاطِیِّ عَنْ أَبِی عُبَیْدَهَ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ۸عَنْ أَعْمَی فَقَأَ عَیْنَ صَحِیحٍ؟ فَقَالَ: إِنَّ عَمْدَ الْأَعْمَی مِثْلُ الْخَطَإِ هَذَا فِیهِ الدِّیَهُ فِی مَالِهِ فَإِنْ لَمْ یَکُنْ لَهُ مَالٌ فَالدِّیَهُ عَلَی الْإِمَامِ وَ لَا یَبْطُلُ حَقُّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ. وَ رَوَاهُ الشَّیْخُ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مَحْبُوبٍ وَ کَذَا الصَّدُوقُ.

ثبوت ضمان در منع از عمل حرّ بعد از معاوضه

اشاره

منع از عمـل حرّ بعـد از معـاوضه، به سـیره ی عقلاء ضـمان دارد؛ چراکه به مجرد اجیر شـدنِ حرّ بر انجام عمل، مسـتأجر مالک عمل(۱) و اجیر مالـک عوض می شود. اگر کسـی مـانع اجیر از انجـام عمـل شود، مسـتأجر خیار فسـخ خواهـد داشت چون در اجاره شـرط است اجیر مورد اجاره را تحویل دهـد حال اگر مسـتأجر اجاره را فسخ کرد، از آن جا که اجره المسـمّی که داخل ملـک اجیر شـده بود بـا فسـخ مسـتأجر از ملـک اجیر خارج شـده [و اجیر متضـرر می شود] پس مانع، ضامن آن اجره المسـمّی خواهـد بود و باید آن را به اجیر پرداخت کند. امّا اگر مسـتأجر به هر دلیلی اجاره را فسخ نکرد، از آن جا که مانع، عمل را که مال مستأجر بود اتلاف کرده ضامن است و باید اجره المثل(۲) آن را به مستأجر بپردازد.

آیا ممانعت کارمندان دولت ضمان دارد؟

در این جـا بعضـی این پرسـش را مطرح کرده انـد که آیا جلوگیری از انجام عمل کارمنـدان دولت ضـمان آور است یا نه؟ در پاسـخ به این سؤال، ابتـدا بایـد بررسـی شود قراردادهایی که فعلاً معمول است و بین کارمندان و دولت منعقد می شود چه نوع قراردادی است؟ آیا قراردادی شـرعی و نافذ است یا این که به خاطر معلوم نبودن مدت و مبلغ آن و بعضـی خصوصـیات دیگر اصلاً قرارداد شرعی نیست؟ اگر قرارداد شرعی نباشد بالطبع منع آنان از عمل ضمان آور نخواهد بود(۳)

۱- چون بیان کردیم عمل به مجرد تعهـد، وجود تقـدیری پیدا کرده مالیت پیدا می کند و مال مضاف می شود؛ یعنی مسـتأجر، مالک آن عمل که مالیت دارد می شود.

۲- عمل از اموال قیمی است، لذا متلف ضامن قیمه المثل است، به خلاف عوض که اگر پول باشد مثلی است و باید مثل آن را بپردازد. (امیرخانی)

۳- چون در صورت بطلان عقد شـرعاً، عمل به ملک دولت در نیامده؛ لذا طبق مبنایی که حضـرت استاد دام ظله اختیار کردند آن عمل مال مضاف نیست تا اتلاف آن موجب ضمان باشد. (امیرخانی)

و اگر شرعی باشد باید ببینیم چه نوع عقدی است تا احکام آن مترتب شود.

به نظر می رسد قراردادی که دولت با کارمندان خود در این زمان ها منعقد می کند مثلًا به معلم می گوید: اگر در آموزش و پرورش استخدام شده و با شرائطی که فی الجمله در قانون مشخص است کار کنی و به اتمام برسانی، ماهانه فلان مبلغی که مصوّب مجلس یا هیأت دولت بوده و پایه ی آن مشخص است خواهم داد عقدی شرعی بوده و از نوع جُعاله می باشد؛ چراکه در جعاله تقریباً همه اتفاق دارند همین که عمل فی الجمله معلوم باشد کفایت می کند. عِوض نیز گرچه بعضی گفته اند باید از لحاظ کیل، وزن یا عدد معلوم باشد و به همین خاطر این قراردادها به خاطر کم و زیاد شدن حقوق و در نتیجه مشخص نبودن عِوض نمی تواند جعاله باشد ولی به نظر می رسد از ادلّه بتوان استفاده کرد که لازم نیست عوض کاملاً مشخص و معلوم باشد، بلکه همین اندازه که معامله از سفهی بودن خارج شود کفایت می کند. پس این قراردادها که عوض در آن، پایه ثابتی داشته و کم و زیاد شدن آن فی الجمله ضابطه مند است جعاله بوده و نافذ می باشد.

بنابراین اگر کسی بعد از شروع در کار مانع عمل کارمند دولت شود، فی الجمله حکم به ضمان او می شود. تفصیل آن إن شاء الله در جای دیگر.

امکان عوض واقع شدن عمل حرّ حتّی بنابر مبنای عدم مالیّت آن قبل از معاوضه

مرحوم شیخ امکان وقوع عمل حرّ به عنوان ثمن را منوط به مالیّت آن قبل از معاوضه کرد، در حالی که به نظر می آید حتّی بنابر مبنای عدم مالیّت عمل حرّ قبل از معاوضه چنان که ما اختیار کردیم مشکلی وجود ندارد که عمل حرّ بتواند ثمن واقع شود و در این مسأله به جز افرادی معدود، کسی خلاف نکرده است.

نکته ی آن این است که در بیع لازم نیست ثمن قبل از معاوضه مال باشد، بلکه

اگر به نفس بیع هم مالیّت پیـدا کنـد کفایت می کنـد و اشـکالات عقلی و فلسـفی که بعضـی در این جا مطرح کرده انـد وارد نیست؛ چون این مبـاحث، مبـاحث تکوینی نیست، بلکه اعتبارات عرفی است و همین که عرف کافی ببینـد به نفس بیع به خاطر تعهّدی که صاحب عمل می دهد و عمل وجود تقدیری پیدا می کند مالیّت پیدا می کند دیگر مشـکلی ندارد و می تواند ثمن واقع شود. بنـابراین برای رفع این اشـکال احتیاجی به طرح نظریه ی «عـدم لزوم مال بودن ثمن در بیع» نیست. بلکه طبق تعریف فَیّومی در المصـباح المنیر در تعریف بیع که «مبـادله مالٍ بمالٍ» است و عوضـین بایـد مال باشـد نیز می توان پاسـخ داد. البته در مورد لزوم یا عدم لزوم مال بودن ثمن و حتّی مثمن در آینده بحث خواهیم کرد إن شاء الله.

آیا حقوق می تواند عِوَض واقع شود؟

مرحوم شیخ قدس سره - بعد از بیان این که منافع می تواند ثمن واقع شود و در میان منافع، عمل حرّ را بالخصوص مورد بررسی قرار دادند که آیا می تواند ثمن واقع شود یا خیر، وارد این بحث می شوند که آیا حقوق نیز می تواند ثمن واقع شود یا خیر؟

مرحوم شیخ - رحمه الله علیه - قبل از ارائه ی تعریفی از حق و تفاوت آن با مِلك و حكم، و واگذاری آن به ارتكاز قارئین، تقسیماتی برای حقوق بیان می فرماید که در ضمن بیان مطلب و احکام اقسام، نظر مبارك شیخ در تعریف حق نیز استفاده می شود.

تقسیمات حقوق در نظر مرحوم شیخ - رحمه الله علیه -

قسم اوّل (حقوق غیر قابل معاوضه با مال)

اشاره

در این که دقیقاً مراد شیخ - رحمه الله علیه - از این قسم(۱) کدام است ابهامی وجود دارد. چه بسا گفته شده ظاهر اوّلی کلام به قرینه ی تعریف قسم دوم به «حقوق غیر قابل انتقال» آن است که این قسم از حقوق، قابل نقل بوده ولی قابل معاوضه به مال نیست.

۱- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص۸: و أمّا الحقوق، فإن لم تقبل المعاوضه بالمال كحقّ الحضانه و الولایه فلا إشكال. • نهج الفقاهه (للسید الحكیم)، ص۹: الظاهر بقرینه المقابله لما بعده كون عدم قبوله المعاوضه و لو بنحو یستتبع السقوط و حینئذ فلا بد أن یكون عدم قبوله لذلك من جهه عدم كونه ما لا عند العقلاء، و حینئذ فعدم صلاحیته لأن یكون عوضا فی البیع ظاهر، إذ لا بد فی العوض ان یكون بحیث یصح بذل المال بإزائه لئلا یكون أكل المعوض أكلا للمال بالباطل من دون فرق بین الحق و غیره. • حاشیه كتاب المكاسب (للأصفهانی، ط - الحدیثه)، ج ۱، ص۵۳: المقابله بین عدم قبول الحق للمعاوضه علیه و عدم قبوله للنقل، باعتبار أنّه و إن لم یقبل النقل، لكنه ینتفع بسقوطه عنه كحق الخیار و حق الشفعه، فی قبال ما لا ینتفع بسقوطه لعدم قبوله له كحق الولایه.

مثالی که برای این قسم در کلام شیخ قدس سره - ذکر شده حق حضانت و حق ولایت است.

حضانت حقی است نسبت به حفظ، تربیت و رسیدگی به فرزند که در وهله ی اوّل حق مادر است تا مدتی که در آن اختلاف است آیا تا دو سالگی فرزند است یا تا هفت سالگی یا تا دو سالگی پسر و هفت سالگی دختر؟ آن گاه حق پدر است و در بعضی شرائط به دیگران نیز منتقل می شود.(۱)

ولایت، حقی غیر از حضانت(۲) است که پدر بر فرزند و جدّ پدری بر نوه دارد. ولایتی نیز که حاکم شرع در محدوده ی ولایت خود دارد از همین قسم است.

۱- تحریر الوسیله، ج۲، ص۳۱۲: مسأله۱۶: الأم أحق بحضانه الولد و تربیته و ما یتعلق بها من مصلحه حفظه مده الرضاع أی الحولین؛ إذا کانت حره مسلمه عاقله، ذکرا کان أو أنثی، سواء أرضعته هی بنفسها أو بغیرها، فلا یجوز للأب أن یأخذه فی هذه المده منها و إن فطمته علی الأحوط، فإذا انقضت مده الرضاع فالأب أحق بالذکر و الأم بالأنثی حتی تبلغ سبع سنین من عمرها ثم یکون الأب أحق بها، و إن فارق الأم بفسخ أو طلاق قبل أن تبلغ سبع سنین لم یسقط حقها ما لم تتزوج بالغیر، فلو تزوجت سقط حقها. عن الذکر و الأنثی و کانت الحضانه للأب، و لو فارقها الثانی لا یبعد عود حقها، و الأحوط التصالح و التسالم. مسأله۱۷: لو مات الأب بعد انتقال الحضانه إلیه أو قبله کانت الأم أحق بحضانه الولد - و إن کانت مزوجه ذکرا کان أو أنثی- من وصی أبیه، و کذا من باقی أقاربه حتی أبی أبیه و أمه فضلا عن غیرهما، کما أنه لو ماتت الأم فی زمن حضانتها فالأب أحق بها من غیره، و إن فقد الأبوان فهی لأب الأب، و إذا عدم و لم یکن وصی له و لا للأب فلأقارب الولد علی ترتیب مراتب الإرث، الأقرب منهم یمنع الأبعد، و مع التعدد و التساوی فی المرتبه و التشاح أقرع بینهم، و إذا وجد وصی لأحدهما ففی کون الأمر کذلک أو کونها للوصی ثم إلی الأقارب وجهان لا یترک الاحتیاط بالتصالح و التسالم.

۲- حضانت فرزند تا دو سالگی یا هفت سالگی حق مادر است، اما ولایت از همان ابتداء حق پدر و جد پدری است، به عنوان مثال اگر کسی پولی به فرزند دهد فرزند مالک نمی شود، مگر این که پدر آن را قبول کند. اما تربیت و نگه داری فرزند حق مادر است.

برخی هم گفته اند مقصود شیخ قدس سره - از این قسم از حقوق، یعنی حقوقی که اسقاط برنمی دارد؛ یعنی حتی نمی توان با پرداخت مالی، از صاحب آن حق درخواست کرد که حقّ خود را ساقط کند مثل حق ولایت به خلاف بعض حقوق که گرچه نمی توان آن را به دیگری منتقل کرد ولی امکان اسقاط آن هست.

بررسی قسم اوّل

بنا به احتمال اوّل در کلام شیخ قدس سره - کبرای کلام که می توان حقوقی را تصور کرد که قابل نقل باشد امّا قابل معاوضه به مال نباشد قابل تصدیق است، امّا این که این دو مثال خصوصاً ولایت مصداق آن بوده و در نتیجه قابل نقل بدون مال باشد مورد مناقشه است؛ زیرا مثلاً پدر نمی تواند ولایت خود را به دیگری منتقل کند؛ فقط می تواند در ولایتش وکیل اتّخاذ کند یا وصیّ برای بعد از مرگش قرار دهد امّا نمی تواند ولایت را از خود سلب کرده و به دیگری منتقل کند؛ به نحو مجانی یا غیر مجانی.

بعید نیست حضانت نیز این چنین بوده و قابل انتقال نباشد. بله، ظاهراً مادر می تواند از حق حضانت خود صرف نظر کند که در این صورت قهراً نوبت به حضانت پدر می رسد، ولی این غیر از آن است که بتواند حق حضانت خود را به دیگران منتقل کند.

و امّا بنابر احتمال دوّم در کلام شیخ قدس سره - که مقصود از این قسم حقوق، حقوقی باشد که حتی نمی توان آن را اسقاط کرد، اشاره شد که نسبت به ولایت این چنین است، امّا نسبت به حق حضانت چنین نیست.

قسم دوم (حقوق غیر قابل انتقال)

اشاره

مرحوم شیخ - رحمه الله علیه - می فرماید(۱): قسم دوم حقوقی است که اصلاً قابل انتقال اختیاراً نیست؛ مانند حق شُفعه و حق خیار.(۲) چنین حقوقی نیز نمی توانـد به عنوان ثمن واقع شود؛ چراکه حقیقت بیع تملیـک غیر است و چیزی که قابلیت تملیک و تملّک و انتقال به دیگری نداشته باشد نمی تواند به عنوان ثمن در بیع واقع شود.

بهتر بود مرحوم شیـخ در مقام استـدلال بر مدعای خود به جای تعبیر «تملیک الغیر» در تعریف بیع، «تملیک در مقابل تملیک»، یـا «تملیک معوّض و تملّک عوض» تعبیر می کردنـد؛ چراکه در بیع به نظر ایشان، بایع مثمن را تملیک مشتری می کنـد و ثمن را از مشتری تملّـک می کنـد؛ گرچه ما گفتیم بیع اعم از تملیک و تملّک است و مثلاً اگر حق، ثمن واقع شـده و به بایع منتقل شود به نحو حق منتقل می شود؛ یعنی بایع ذو الحق می شود نه مالک؛ چون حق و ملک بنابر مشـهور قسـیم یکـدیگر بوده و با هم تفاوت دارند.

شبهه ی صاحب جواهر قدس سره - مبنی بر صحت بیع ما لا یقبل التملّک

صـاحب جواهر قـدس سـره - بر این کلامـ که «در بیع تملیک و تملّک لازم است و هر چیزی که قابل تملّک نباشـد بیع بر آن واقع نمی شود» اشـکال کرده و فرموده است: لازمه ی این کلام آن است که بیع الـدین علی من هو علیه جایز نباشد؛ یعنی اگر کسـی به دیگری بدهکار و ذمّه اش مشـغول بود نتواند ذمّه اش را از وی خریداری کند؛ چون کسـی نمی تواند ذمّه ی خود را تملّک کند و إلا لازمه اش آن است که

۱- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص۹: و کذا لو لم تقبل النقل، کحقّ الشفعه، و حقّ الخیار؛ لأنّ البیع تملیک الغیر.
۲- البتّه مراد مرحوم شـیخ از عـدم انتقال حق خیار، انتقال اختیاری است و إلا انتقال قهری به ارث خود شـیخ بعـداً تصـریح می کنند واقع می شود.

هر کسی بتواند بی شمار ملک در ذمّه ی خود داشته باشد در حالی که چنین بیعی صحیح است و این کاشف از آن است که در بیع، قابلیت تملّک و انتقال لازم نیست. بنابراین این استدلال بر عدم امکان ثمن واقع شدن حقوق غیر قابل انتقال مانند حق شُفعه و حق خیار تمام نیست و همان طور که بیع الدین علی من هو علیه صحیح است حق شُفعه و خیار نیز می تواند به عنوان ثمن واقع شود.(۱)

پاسخ مرحوم شیخ – رحمه الله علیه – به شبهه ی صاحب جواهر – رحمه الله علیه –

مرحوم شیخ قدس سره – می فرماید: انتقاض صاحب جواهر وارد نیست(۲)؛ زیرا مانعی ندارد «بیع الدین علی من هو علیه» از باب تملّک و انتقال باشد؛ به خلاف بیع حق شُفعه به شریک و حق خیار به من علیه الخیار؛ زیرا «بیع الدین علی من هو علیه»

۱- جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۲، ص۲۰۹: و عن بعض المتأخرین اعتبار عینیه العوضین، و هو وهم نشأ من قولهم: البیع لنقل الأعیان، و لیس المراد به علی العموم بل خصوص المعوض، کقولهم فی الإجاره لنقل المنافع نعم فی شرح الأستاد اعتبار عدم کونه حقا مع أنه لا یخلو من منع لما عرفته من الإطلاق المزبور المقتضی لکونه کالصلح الذی لا إشکال فی وقوعه علی الحقوق، فلا یبعد صحه وقوعها ثمنا فی البیع و غیره، من غیر فرق بین اقتضاء ذلک سقوطها کبیع العین بحق الخیار و الشفعه علی معنی سقوطهما، و بین اقتضائه نقلها کحق التحجیر و نحوه، و کان نظره رحمه الله فی المنع إلی الأول باعتبار معلومیه کون البیع من النواقل لا من المسقطات بخلاف الصلح، و فیه أن بیع الدین علی من هو علیه لا ریب فی اقتضائه حینئذ الإسقاط و لو باعتبار أن الإنسان لا یملک علی نفسه ما یملکه غیره علیه، الذی بعینه یقرر فی نحو حق الخیار و الشفعه، و الله أعلم.

۲- المکاسب المحرمه (ط – الحدیثه)، ج ۳، ص۹: و لا ینتقض ببیع الدین علی من هو علیه؛ لأنّه لا مانع من کونه تملیکاً فیسقط؛ و لذا جعل الشهید فی قواعده «الإبراء» مردّداً بین الإسقاط و التملیک. و الحاصل: أنّه یعقل أن یکون مالکاً لما فی ذمّته فیؤثّر تملیکه السقوط، و لا یعقل أن یتسلّط علی نفسه. و السرّ: أنّ هذا الحقّ سلطنه فعلیه لا یعقل قیام طرفیها بشخص واحد، بخلاف الملک، فإنّها نسبه بین المالک و المملوک، و لا یحتاج إلی من یملک علیه حتی یستحیل اتّحاد المالک و المملوک علیه، فافهم.

مربوط به ملک است و ملک اضافه ی بین مالک و مملوک است و احتیاج به عنوان «من يُملك عليه» ندارد تا تحقق آن در جایی که مالک و «من يملك عليه» اتحاد دارند محال باشد؛ به خلاف «حق» که سلطنت(۱) است و در سلطنت علاوه بر سلطان (مُسَلِّط)، مُسَلَّطٌ علیه هم نیاز است؛ یعنی «سلطنت» تضایفی است که قوام آن به طرفین است و نمی تواند قائم به شخص واحد باشد؛ زیرا معقول نیست کسی سلطنت بر خود داشته باشد.

بنابراین نمی توان حق شُفعه را به شریک و حق خیار را به من علیه الخیار فروخت؛ زیرا اتحاد سلطان و مُسَلَّطٌ علیه لازم می آید که محال است به خلاف بیع الدین علی من هو علیه که چنین اتحاد محالی لازم نمی آید؛ زیرا در ملک «من يملك عليه» وجود ندارد، لذا بیع صحیح است. البتّه ملکیتی که برای «من علیه الدین» حاصل می شود فقط به نحو حدوثی است؛ یعنی آناًما مالک ذمّه ی خودش می شود که نتیجه ی آن سقوط از ذمّه است.

بررسی کلام شیخ – رحمه الله علیه – در قسم دوم

مطالب شیخ قدس سره – از جهاتی قابل تأمّل است که اهم آن عبارتند از:

۱. مرحوم شیخ – رحمه الله علیه – در تعلیل عدم وقوع حقوق غیر قابل انتقال، مانند حق شُفعه و حق خیار به عنوان ثمن فرمودند: از آن جا که بیع، تملیک غیر است پس این نوع حقوقِ غیر قابل انتقال نمی تواند به عنوان ثمن واقع شود.

ما در این تعریف شیخ – رحمه الله علیه – به «تمليك الغير» یا «إنشاء تمليك عينٍ بمالٍ»(۲) که

۱– از این جا معلوم می شود جناب شیخ قدس سره – حق را نوعی سلطنت می دانند.

۲– المکاسب المحرمه (ط – الحدیثه)، ج ۳، ص۱۱: فالأولى تعريفه بأنه إنشاء تمليك عين بمال.

در نهایت خواهند پذیرفت که تملیک را در تعریف بیع ادراج کرده اند کلام داریم و در جای خود خواهیم گفت: بیع اعم از تملیک است و اگر دو طرف یا حداقل یک طرف به نحو تملیک نباشد نیز بیع صادق است.

۲. علی فرض صحت تعریف بیع به «تملیک الغیر»، این تعلیل اثبات نمی کند که این حقوق مطلقاً قابل انتقال نیست، بلکه فقط اثبات می کند قابل انتقال به بیع نیست. پس ادعای «لا تقبل النقل» ادعای وسیعی است که تعلیل با آن سازگار نیست.(۱)

۳. مرحوم شیخ - رحمه الله علیه - فرمود: حقوق که نوعی سلطنت است قائم به طرفین می باشد و باید طرفین آن تغایر داشته باشند؛ چون معقول نیست طرفین سلطنت اتحاد داشته باشند؛ زیرا معنا ندارد شخصی هم سلطان باشد و هم مُسلّطٌ علیه.

می گوییم دلیل این که سلطان و مُسلّطٌ علیه نمی تواند اتحاد داشته باشد چیست؟ اگر دلیل آن تضایف است می گوییم چه مانعی دارد دو عنوان متضایف قائم به شخص واحد باشد؟! به عنوان مثال دو عنوان عالم و معلوم که متضایفان هستند(۲) می تواند قائم به شخص واحد باشد و آن جایی است که علم به نفس داشته باشد که در این صورت شخص واحد هم عالم است و هم معلوم.

بله، در برخی موارد دو عنوان متضایف نمی تواند بر شیء واحد صادق باشد؛ مانند علّت و معلول که یک شیء نمی تواند از آن جهت که علّت است معلول نیز باشد، ولی آن به دلیلی غیر از جهت تضایف است. بنابراین از جهت تضایف هیچ

۱- ادعای مرحوم شیخ قدس سره - این بود که حقوق غیر قابل انتقال نمی تواند به عنوان ثمن در بیع قرار گیرد؛ چراکه بیع تملیک غیر است و باید چیزی قابل انتقال باشد تا بتواند به عنوان ثمن قرار گیرد، بنابراین این اشکال خارج از محل کلام است؛ چون کلام در این نیست که آیا این حقوق قابل انتقال است یا قابل انتقال نیست، بلکه بعد از فرض غیر قابل انتقال بودن بعضی حقوق، آن حقوق نمی تواند به عنوان ثمن قرار گیرد. (امیرخانی)

۲- چون معنا ندارد عالمی بالفعل باشد ولی معلومی نباشد یا بالعکس، پس این دو عنوان متکافئند قوهً و فعلاً.

مانعی ندارد که شخص واحد، هم سلطان (مُسلَّط) باشد و هم مُسلَّطٌ علیه و بلکه حتی در سلطنت حقیقی این اتفاق افتاده است چون هر شخصی بر خود سلطنت حقیقی دارد(۱) چه رسد به سلطنت اعتباری که سهل تر است.

البتّه فعلاً کلام در امکان جعل سلطنت اعتباری برای شخصی نسبت به نفس خود می باشد که بیان کردیم هیچ مانعی وجود ندارد، امّا این که در عالم اثبات آیا عقلاء چنین اعتباری کرده اند یا خیر بحث دیگری است.

۴. مرحوم شیخ قدس سره - در مورد بیع الدین علی من هو علیه فرمودند: از آن جا که در مِلک، علاوه بر مالک و مملوک «من یُملک علیه» لازم نیست، پس بیع الدین علی من هو علیه جایز است.

اگر مقصود جناب شیخ - رحمه الله علیه - این است که اعتبار «من یُملک علیه» ثبوتاً محال است می گوییم: در ملکیت مضاف به ذمم که کاملاً معقول است عنوان «من یملک علیه» برای صاحب ذمه اعتبار شود، فقط محالیتی که متصور است در بیع الدین علی من هو علیه است از حیث لزوم وحدت مالک و «من یملک علیه» که آن هم بیان کردیم مانعی ندارد متضایفان به دو اعتبار بر شخص واحد صادق باشد.

«من یُملک علیه» به معنای دیگر که اگر کسی مالک چیزی شد دیگران ممنوع از تصرف در مملوک او هستند نیز وجود دارد؛ زیرا با ملک بودن چیزی، غیر مالک ممنوع از تصرف در آن ملک است إلا ما خرج بالدلیل.

امّا اگر مقصود جناب شیخ - رحمه الله علیه - این است که اثباتاً عقلاء علاوه بر مِلک و مملوک، در عالم اعتبار «من یملک علیه» جعل و اعتبار نمی کنند، سید خویی قدس سره - در پاسخ می فرماید در ملکیت مضاف به ذِمَم چنین اعتباری محقق شده است.

۱- مثلاً سلطنت دارد بخشی از ساعات خودش را تلف کند یا استفاده کند.

کلام سید خویی قدس سره – در اعتبار «مَن یُملک علیه» در ملکیت مضاف به ذِمَم

سید خویی – رحمه الله علیه – می فرماید(۱): در ملکیت مضاف به ذِمَم نه تنها عقلاء «من یملک علیه» نیز اعتبار می کنند، بلکه اصلاً ملکیت در آن جا بدون «من یملک علیه» معنا ندارد و قابل انفکاک از ملکیت نیست.

هر گاه چیزی مالیتش در گرو ذمّه مثل کلّی بود، آن کسی که ذمّه اش برای دیگری مشغول است «من یملک علیه» می باشد.

پاسخ مستفاد از کلام امام قدس سره – به سخن سید خویی قدس سره –

مرحوم امام قدس سره – در این جا کلامی(۲) دارند که می تواند به عنوان جواب کلام سید خویی – رحمه الله علیه – باشد و آن این که ذمّه برای کلّی به مثابه ی خارج است برای اعیان و فقط ظرف تحقق آن محسوب می شود؛ یعنی همان طور که در مالکیّت عین در خارج، خارج نقشی در ملکیت ندارد و لذا «من یملک علیه» نیز وجود ندارد، در مالکیّت کلّی نیز، ذمّه نقشی در ملکیت کلّی ندارد و مانند خارج فقط ظرف برای تحقق آن مملوک می باشد. لذا من یملک علیه در مالکیّت ذمّه وجود ندارد.

۱- مصباح الفقاهه، ج ۲، ص ۴۰: ذکر المصنف: أن الملکیه لا تتوقف علی المملوک علیه. و السلطنه تتوقف علی المسلط علیه. و التحقیق: أن هذا المعنی و إن کان صحیحا بالإضافه إلی الملکیه المضافه إلی الأعیان الخارجیه. إلا انها لا تصح فی الملکیه المضافه إلی الذمم. فإن الکلی ما لم یضف إلی ذمه شخص خاص لا یبذل بإزائه شی ء. و لا یرغب فیه العقلاء.

۲- کتاب البیع (للإمام الخمینی)، ج ۱، ص۴۳: و یؤیّد المدّعی بل یدلّ علیه: أنّ الملک فی جمیع الموارد إضافه بین المالک و المملوک، حتّی فی مالکیّه شی ءٍ فی ذمّه الغیر؛ لأنّ الملکیّه متقوّمه بالإضافه الحاصله المذکوره، و تکون ذمّه المدیون کمحفظه للمال، لا دخاله لها فی اعتبار الملکیّه. و إن شئت قلت: حال الذمّه حال الخارج بالنسبه إلی الأعیان الخارجیّه المملوکه، فکما أنّ الخارج ظرف للمملوک من غیر دخاله له فی اعتبار الملکیّه، کذلک الذمّه.

نقد کلام مرحوم امام قدس سره –

همـان طور که در بحث مالیّت عمل حرّ بیان کردیم ذمّه بـدون اضافه ی به «من علیه الـذمّه» اصـلاً مالیّت نـدارد؛ یعنی تا کسـی تعهـد نکرده باشـد کلی را در خارج محقق کنـد مالیّت ندارد. بنابراین به نظر می رسد در مالکیّت مضاف به ذمّه باید «من علیه الذمّه» که همان من یملک علیه می باشد وجود داشته باشد و بدون آن اضافه که محقق عنوان «من یملک علیه» می باشد اصلاً صدق ملکیت نمی کند.(۱)

پس حـداقل در بیع کلی در ذمّه و بیع ذمّه «من یملک علیه» وجود دارد و از طرف عقلاء اعتبار می شود. بنابراین کلام شـیخ – رحمه الله علیه – که فرمود: در بیع الـدین علی من هو علیه چون «من یملک علیه» وجود نـدارد بیع محقق می شود تمام نیست و صحیح آن است که «من یملک علیه» وجود دارد و اتّحاد بین مالک و «من یملک علیه» در بیع الدین علی من هو علیه به نحوی که لغویت لازم نیاید مانعی ندارد و آن این که در یک آن، مالک ذمّه ی خود می شود و سپس ذمّه اش ساقط می شود.

۵. مرحوم شـیخ قدس سـره – برای حقوق غیر قابل انتقال مثال به حق شُفعه و حق خیار زدند در حالی که به نظر ما این دو حق، قابل انتقال است حتّی به أجنبی. به عنوان مثال در شـراکت زیـد و عمرو در زمینی به نحو مشاع که عمرو سـهم خود را به خالد می فروشد، زید می تواند حق شُفعه ی خود را به بکر بفروشد و نتیجه اش این می شود که دیگر زید نمی تواند خودش إعمال حق شفعه کند، بلکه بکر

۱– نظیر این کلام که ذمه بدون اضافه ی به «من علیه الذمه» اصـلاً مالیت ندارد را درباره ی عین خارجی هم می توان بیان کرد که بدون تحقق آن در خارج طبق نظر حضـرت اسـتاد دام ظله مالیت ندارد. کلام حضرت امام قدس سره – این بود که ذمه که ظرف تحقق کلی است در اعتبار ملکیت کلّی دخیل نیست نه این که عنوان «من علیه الـذمه» وجود ندارد همان گونه که خارج در تحقق ملکیت عین دخیل نیست. (امیرخانی)

می تواند اعمال شُفعه کرده با پرداخت ثمن آن به خالد، زمین را به مِلك زید در آورد. و اگر بکر نخواست اعمال حق شُفعه کند دیگر زید حقّی ندارد.

سید خویی قدس سره - با این که استدلال های مرحوم شیخ - رحمه الله علیه - بر عدم جواز نقل حق شُفعه و حق خیار را نمی پذیرند، امّا قبول دارند که حق شُفعه و حق خیار قابل انتقال به غیر نیست.

بیان سید خویی قدس سره – در عدم انتقال حق شُفعه به غیر شریک

اشاره

سید خویی - رحمه الله علیه - در مورد حق شُفعه می فرماید(۱): حق شفعه یا به مشتری ملك فروخته می شود یا به اجنبی، اگر به مشتری ملک فروخته شود بیع لغو خواهد بود؛ زیرا مشتری قبل از انتقال حق شفعه، مالك حصه ی مبیعه شده و دیگر معنا ندارد دوباره آن حصه را با حق شفعه مالك شود. و اگر به اجنبی فروخته شود از آن جا که حق شُفعه قائم به شریك است یعنی شریک می تواند با أخذ به حق

۱- مصباح الفقاهه، ج ۲، ص ۴۰: و التحقیق: أن حق الشفعه لا تجوز المعاوضه علیه. لا من ناحیه المحذور الذی ذکره المصنف، فإنه واضح الاندفاع، (و سیأتی قریبا) بل من جهه أن حق الشفعه إما أن یباع من المشتری، أو من غیره. و علی الأول فیکون البیع لغوا محضا، إذ المشتری مالك للحصه المبیعه قبل انتقال حق الشفعه إلیه و علیه فلا معنی لاستحقاقه تملك تلك الحصه ثانیا بحق الشفعه. و علی الثانی فلأن حق الشفعه استحقاق الشریک للحصه المبیعه فی شرکته لکی یضمها الی حقه. فالشریک قد أخذ موضوعا لهذا الحق. و من البین الذی لا ریب فیه أنه لا یعقل ثبوت الحکم لغیر موضوعه، بدیهه أن نسبه الحکم الی موضوعه کنسبه المعلول الی علته، فکما یستحیل انفکاك المعلول عن علته کذلك یستحیل انفکاك الحکم عن موضوعه. و بتعبیر آخر: أنا إذا لاحظنا آثار حق الشفعه وجدنا خصوصیه فی مورده و تلك الخصوصیه هی العله التامه لثبوته للشریک فقط، دون غیره. نعم تجوز المعاوضه علی حق الشفعه من حیث الإسقاط بأن یجعل إسقاطه ثمنا فی البیع، أو اجره فی الإجاره، أو عوضا فی الصلح و الهبه، أو صداقا فی النکاح، و لکن هذا أجنبی عما نحن فیه، فان مورد بحثنا إنما هو جواز المعاوضه علی حق الشفعه، و جعله عوضا فی العقود المعاوضیه، لا المعاوضه علی إسقاطه، فإن الإسقاط بنفسه عمل. و قد عرفت سابقا: أن عمل الحرّ یجعل عوضا فی البیع و غیره من العقود المعاوضیه.

شُفعه آن حصّه ی فروخته شـده به مشتری را از وی پس بگیرد و ضمّ به مِلـک خود کنـد و شـریک به عنوان موضوع برای این حق است، پس نمی توان آن را به أجنبی انتقال داد؛ زیرا لازمه اش آن است که غیر شـریک حق شُـفعه را اعمال کند در حالی که موضوع آن حکم نیست.

نقد کلام سید خویی قدس سره –

این بیـان سـید خویی – رحمه الله علیه – بر عـدم انتقـال حق شُـفعه تمـام نیست؛ زیرا آن اجنبی که حق شُـفعه به او منتقـل شـده (منتقلٌ إلیه) یا حقش را اعمال نمی کنـد و اسـقاط می کنـد که در این صورت روشن است که شـریک نمی تواند بیع را فسـخ کرده و ملـک را از دست مشتری بازسـتاند و یا منتقلٌ إلیه حقش را اعمال می کنـد که در این صورت معامله فسـخ شـده و آن حصه ی فروخته شده منضم به مِلک شـریک می شود؛ نه به مِلک منتقلٌ الیه تا اشـکال سـید خویی قدس سـره – وارد باشد که موضوع آن برای منتقلٌ الیه وجود ندارد.

هم چنین اشـکال سـید خویی قدس سـره – در مورد فروش حق شُـفعه به خود مشتری ملک نیز تمام نیست؛ زیرا استدلال ایشان این بود که فایـده ای بر آن مترتب نیست؛ چون مشتری قبل از انتقال حق شُـفعه به وی، مالک حصه ی مبیعه شـده و معنا ندارد دوباره دیگری مستحق تملک آن حصه با حق شُفعه شود.

در پاسخ به این اسـتدلال می گوییم: فایده مترتب است و آن این که انتقال شُـفعه به مشتری و اسـقاط آن توسط وی باعث می شود که شریک نتواند از حق شُفعه ی خود استفاده کرده، حصه ی مبیعه را به مِلک خود درآورد.

بنابراین استدلال سید خویی – رحمه الله علیه – در عدم انتقال حق شُفعه صحیح نیست و حق شُفعه قابل انتقال به بیع است.

کلام سید خویی قدس سرهم – در عدم انتقال حق خیار

اشاره

سید خویی قدس سره – در مورد عدم انتقال حق خیار می فرماید(۱): حق خیار در حقیقت به معنای «تحدید المِلکیه فی البیع إلی زمان فسخ من له الخیار» است؛ یعنی ملکیتی که با بیع برای بایع نسبت به ثمن و برای مشتری نسبت به مثمن حاصل شده تا زمانی باقی است که من له الخیار اعمال خیار نکرده است، ولی به مجرد اعمال خیار و فسخ بیع، آن ملکیت زائل می شود. در معامله ای که حق خیار وجود ندارد ملکیت حاصل از بیع، غیر محدود و إلی الأبد است، امّا در جایی که حق خیار وجود دارد ملکیت إلی الأبد نیست بلکه تا زمانی است که من له الخیار آن را فسخ کند.

اگر حق خیار قابل انتقال به غیر باشد لازمه اش آن است که غیر من جعل له الخیار بتواند معامله را فسخ کند، و این خلاف فرض است؛ زیرا حق خیار یعنی تحدید المِلکیه الی زمان فسخ من جعل له الخیار در حالی که اگر حق خیار به دیگری منتقل شود و بتواند فسخ کند تحدید المِلکیه إلی زمان فسخ غیر من جعل له الخیار می شود و این تشریع است و شارع چنین چیزی را قرار نداده است.

۱- مصباح الفقاهه، ج ۲، ص۴۲: و صفوه ما ذکرناه: أنه لا مانع من نقل حق الخیار الی شخص آخر من الناحیه التی ذکرها المصنف قدس سره. نعم ان الخیار المجعول بجعل المتبایعین، أو بجعل شرعی ترجع حقیقته- علی ما حققناه فی مبحث الخیارات- الی تحدید الملکیه فی البیع الی زمان فسخ من له الخیار. و من الظاهر أن هذا غیر قابل للنقل إلی غیر من له الخیار. نعم هو قابل للإسقاط، و الانتقال إلی الوارث بأدله الإرث. و تمام الکلام موکول الی مبحث الخیارات. و یأتی الکلام فیه إن شاء اللّه.

نقد کلام سید خویی قدس سره –

خدمت این فقیه بزرگوار عرض می کنیم: شما از اوّل «من له الخیار» را مختص به کسی کردید که ابتداءاً خیار برای او جعل شده باشد، در حالی که هیچ دلیلی بر این استظهار وجود ندارد، بلکه «من له الخیار» اعم است از کسی که حق خیار ابتداءاً برای او جعل شده یا بعداً به او منتقل شده است، بنابراین حق خیار یعنی تحدید الملکیه إلی زمان فسخ من له الخیار إمّا بالاصل أو بالانتقال.

پس این استدلال سید خویی – رحمه الله علیه – نیز درست نیست و حق خیار قابل انتقال می باشد. البتّه این نظرات، نظرات نهایی ما نیست و فعلاً روی ممشای قوم و مجاراةً للقوم بیان کردیم.

قسم سوم (حقوق قابل انتقال و معاوضه به مال)

اشاره

قسم سوم از حقوقی که مرحوم شیخ مطرح می فرماید(۱) حقوق قابل انتقال است؛ مانند حق تحجیر که قابل انتقال به غیر و قابل معاوضه حداقل از طریق صلح می باشد، امّا این که آیا می تواند به عنوان عوض در بیع واقع شود یا خیر، شیخ – رحمه الله علیه – تردید دارند و وجه عدم وقوع در بیع را این طور بیان می کنند که از لحاظ عرف و لغت در بیع شرط است که عوضین باید مال باشد در حالی که حق تحجیر مال نیست. هم چنین کلمات فقهاء در بحث شروط عوضین و در بحث اجاره که چه چیز می تواند به عنوان أجرت قرار گیرد ظهور دارد در این که ثمن یا أجرت باید مال باشد. به همین خاطر حق تحجیر نمی تواند به عنوان ثمن قرار گیرد.

۱- المکاسب المحرمه (ط – الحدیثه)، ج ۳، ص۹: و أمّا الحقوق القابله للانتقال کحقّ التحجیر و نحوه فهی و إن قبلت النقل و قوبلت بالمال فی الصلح، إلّا أنّ فی جواز وقوعها عوضاً للبیع إشکالًا، من أخذ المال فی عوضی المبایعه لغهً و عرفاً، مع ظهور کلمات الفقهاء عند التعرّض لشروط العوضین و لِما یصحّ أن یکون اجره فی الإجاره فی حصر الثمن فی المال.

بررسی کلام شیخ – رحمه الله علیه – در قسم سوم

علی فرض این که مالیّت در ثمن شرط باشد می گوییم شکّی در این نیست که حق تحجیر از حقوقی است که مالیّت دارد؛ زیرا تحجیر و سنگ چین کردن زمین به او این اولویت را می دهد که بتواند در آن ساختمان بنا کند و دیگران نتوانند در آن تصرف کرده ایجاد مزاحمت کنند و این چیزی است که عقلاء به آن رغبت دارند و «یبذلون بإزائه معلوم المالیه» لذا مال است و بدون اشکال می تواند ثمن واقع شود و بلکه طبق نظر ما چنان که قبلاً توضیح دادیم می تواند مثمن نیز واقع شود.

بیان میرزای نائینی و سیّد خویی قدس سرهما – در عدم وقوع حق به عنوان ثمن

محقّق نائینی – رحمه الله علیه – [(۱)](#) و سیّد خویی قدس سره – محکم تر از شیخ و به ضرس قاطع

۱- منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، ج ۱، ص۴۳: بعد الفراغ من عدم إمکان جعل الحق مبیعا لما ظهر من اعتبار کونه من الأعیان فلا یصحّ جعله منفعه فضلا عن کونه حقا فیقع البحث فی أنه هل ینحصر المعاوضه علیه بالصّلح و نحوه أو یمکن جعله ثمنا للمبیع وجهان بل قولان و الأقوی عدم قابلیّه الحقّ لوقوعه ثمنا فی البیع کعدم قابلیّه وقوعه مثمنا سواء جعل نفس الإسقاط و السّقوط ثمنا أو جعل نفس الحق. أمّا الأوّل فلأنّ الثمن لا بد من دخوله فی ملک البائع و الإسقاط بما أنّه فعل من الأفعال و السّقوط بما أنّه اسم المصدر لیس کالخیاطه و سائر أفعال الحرّ و العبد ممّا یملکه البائع و یکون طرفا لإضافه ملکیّه البائع و یقوم مقام المبیع فی الملکیّه فإنّ هذا المعنی معنی حرفی غیر قابل لأن یتموّل إلّا باعتبار نفس الحقّ و سیجی ء ما فیه. و بالجمله نفس الإسقاط بما أنّه فعل و أثره بما أنّه اسم المصدر لا یقبل الدّخول فی ملک الغیر بحیث یتحقّق بالنّسبه إلیه الخروج عن ملک المشتری إلی ملک البائع و یکون البائع مالکا لهذا العمل و لا یقاس بشرط الإسقاط فی ضمن عقد لازم لأنّ فی باب الشّرط یملک المشروط له علی المشروط علیه إسقاط الحقّ أو سقوطه و لا ملازمه بین قابلیته للدّخول تحت الشرط و بین قابلیّه وقوعه ثمنا لأنّ إسقاط الحقّ یصیر بالشرط مملوکا للغیر علی صاحب الحقّ و لکنّه لا یمکن أن یکون بنفسه مملوکا و یحل محلّ المبیع فی الملکیّه. و أمّا الثانی و هو جعل نفس الحقّ ثمنا بعد فرض کونه قابلا للنّقل إلی الغیر کحقّ التّحجیر فلما عرفت أنّ فی باب البیع یعتبر أن یکون کلّ من الثمن و المثمن داخلا فی ملک مالک الآخر و لا شبهه أنّ الحق لا یکون قابلا لذلک فإنه مباین مع الملک سنخا و إن کان من أنحاء السلطنه بالمعنی الأعم و من المراتب الضّعیفه للملک و لکن کونه کذلک غیر کاف لوقوعه عوضا لأنه لا بد من حلول الثّمن محل المثمن فی الملکیه فلا بدّ أن یکون کلّ منهما من سنخ الآخر. • المکاسب و البیع (للمیرزا النائینی)، ج ۱، ص۹۴: (و حکم هذه الاقسام) هو عدم قابلیه شی ء منها لأن یقع ثمنا و ذلک لوجهین (أحدهما) مشترک فی الجمیع (و الآخر) جار فی بعضها دون الآخر أما البرهان المشترک فتقریره أنه لو جاز المبادله بین الملک و الحق بجعل الأول مبیعا و الآخر ثمنا للزم انقلاب الملک حقا و الحق ملکا و التالی باطل بیان الملازمه: أن البیع کما عرفت عباره عن تبدیل طرفی الإضافه و خروج کل من العوضین عن طرفیته للإضافه الی من هو له و صیرورته طرفا لإضافه الآخر، و یعتبر فیه أمور ثلاثه (أحدها) کون کل من العوضین طرفا للإضافه و لو فی رتبه البیع لا قبلها کما فی بیع الکلی (ثانیها) کون خروج کل منهما عن ملک أحدهما إلی الآخر فی قبال خروج بدله عن ملک صاحبه الیه و ذلک فی قبال ما لیس فیه عنوان المعاوضه کالهبه و نحوها

(و ثالثها) أن يدخل كل واحد من العوضين فى ملك من خرج منه العوض الآخر لا- إلى الأجنبى و ذلك فى قبال خروج المعوض عن ملك زيد و دخول الثمن فى ملك شخص آخر كما فى بيع الغاصب لنفسه إذا أجازه المالك فإنه خارج عن حقيقه البيع العرفى (إذا عرفت هذا فنقول) لو باع الملك بالحق كان الخارج عن تحت علقه البائع هو الملك و الداخل تحت علقته هو الحق و قد تقدم أن البيع هو المبادله بين طرفى العلقه لا- بين نفس العلقتين، فالعلقه التى بين البائع و المبيع هى العلقه الخاصه التى يعبر عنها بالملكيه و التى بين المشترى و العوض هى التى يعبر عنها بالحق و طرف علقه البائع كان ملكا لكونه طرفا للملكيه و طرف علقه المشترى كان حقا، و تبديل الطرفين مع بقاء العلقتين يقتضى أن يصير الملك الذى كان طرفا لإضافه الملكيه التى كانت بينه و بين البائع طرفا للسلطنه الفعليه التى كانت بين المشترى و بين ما قام به الحق مثل الأرض المحجره و الحق الذى كان طرفا للإضافه الخاصه التى بين المشترى و بينه طرفا للملكيه التى هى بين البائع و الملك فيلزم انقلاب الملك حقا و الحق ملكا أى صيروره ما كان طرفا للملكيه طرفا للحق و ما كان طرفا للحق طرفا للملكيه و هذا خارج عن حقيقه البيع.

می فرمایند: حق نمی تواند به عنوان ثمن در بیع قرار گیرد.

سیّد خویی قدس سره - در تعلیل آن می فرماید(۱): از آن جا که حقیقت حق، حکم است و

۱- مصباح الفقاهه، ج ۲، ص۴۲: و أما القسم الثالث: فهو ما يقبل النقل و الانتقال- كحق التحجير و نحوه- و قد عرفت اعتراض المصنف على وقوعه ثمنا فى البيع، لعدم صدق المال عليه. و يرد عليه ما ذكرناه فى أول الكتاب من أن المال ما يرغب فيه العقلاء، و يبذلون بإزائه شيئا. و من البين أن حق التحجير مورد لرغبه العقلاء و تنافسهم. فيكون مالا بالحمل الشائع. و إذن فلا محذور فى جواز المعاوضه عليه من هذه الناحيه. نعم يتوجه عليه أن الحق و إن كان قابلاـ للنقل و الانتقال، أو السقوط و الاسقاط، مجانا، أو بعوض. إلا أنه لا يمكن جعله ثمنا فى البيع، بداهه أن الحق حكم شرعى غير قابل لأن تتعلق به إضافه ملكيه أو غيرها. و قد عرفت سابقا: أن البيع لا بد فيه من التبديل، بأن يقوم أحد العوضين مقام الآخر. نعم نقل الحق أو إسقاطه فعل من أفعال المكلف. فيصح جعله ثمنا. و إذن فيملك البائع على المشترى هذا الفعل. و يلزم عليه تسليمه الى البائع بعد البيع. كما هو الحال فى بقيه الأفعال المجعوله ثمنا. و قد نوقش فى جعل الحق ثمنا فى البيع بمناقشه اخرى. و حاصلها: أن البيع- فى الواقع و نفس الأمر- ليس إلا إزاله الإضافه المالكيه عن كل من العوضين، و إيجاد إضافه أخرى مالكيه فيه. و عليه فلا يمكن جعل الحق ثمنا فى البيع. و السر فى ذلك أن الملكيه من المفاهيم الإضافيه. فأحد طرفيها قائم بالمالك، و طرفها الآخر قائم بالمملوك. و من آثار هذه الإضافه أن يفكّ المالك- عند التبديل- إضافته القائمه بالمتاع، و يجعلها قائمه بالثمن، و يفكّ مالك الثمن إضافته القائمه بالثمن، و يجعلها قائمه بالمتاع. و هذا هو البيع بالحمل الشائع. و يقابله باب الإرث، فإن فيه يتبدل المالك مع بقاء المملوك على حاله. و من الظاهر أن التبديل فى باب الحقوق من القبيل الثانى. ضروره أنه إذا جعل الحق عوضا فى معامله كان معناه زوال الحق من ذى الحق و ثبوته لشخص آخر، كما أن مال المورث ينتقل منه الى وارثه. و ليس معناه وقوع التبديل بين المعوض و بين متعلق الحق كالأرض المحجره مثلاـ و لاـ أن معناه وقوع المعاوضه بين المعوض و نفس الحق ضروره أن الحق ليس إلا إضافه خالصه و من البديهى أن مقابله هذه الإضافه بشىء تحتاج إلى إضافه أخرى لكى يقع التبديل فى تلك الإضافه. و يلزم منه التسلسل. و على هذا فلا يصدق مفهوم البيع على تبديل حق بحق. و لا على تبديله بغيره. كما أنه لا يصدق على قيام النائب مقام المنوب عنه فى الجهات الراجعه إليه- كالامامه، و القضاوه. و الوزاره، و السلطنه، و أشباهها- و لأجل هذه المناقشه يلزمنا أن نمنع عن جواز تبديل حق بحق. أو تبديله بغيره، منعا مطلقا: أى سواء أصدق عليه مفهوم المال أم لم يصدق عليه ذلك. و أنت خبير بأن المانع من تبديل الحقوق، و جعله ثمنا هو ما ذكرناه من استحاله تعلق الملكيه بالحكم الشرعى. و إلا فلو أمكن تعلقها به لم يكن مانع من تبديله، و جعله ثمنا. و بذلك تنقطع السلسله كما فى مبادله الأعيان و المنافع.

در آن اضافه ی ملکیّه یا هر اضافه ای که قابل مبادله باشد وجود ندارد یعنی

اضـافه ی ذی حق به متعلـق حـق نه اضـافه ی ملکی است و نه اضـافه ی دیگری که قابـل مبـادله باشـد پس اصـلاً حقوق قـابل معاوضه نیست؛ چه رسد به این که بتواند به عنوان ثمن در بیع قرار بگیرد.

بله! به نحـو دیگری می تـوان حقوق را مبـادله کرد و آن این که إسـقاط حق را معـاوضه کرده و به عنوان ثمن قرار دهـد؛ زیرا إسـقاط حق غیر از خود حق است و عمل ذی حق محسوب می شود و از آن جا که عمل حرّ می تواند به عنوان ثمن قرار گیرد پس إسقاط حق می تواند به عنوان ثمن واقع شود و از این جهت مورد معاوضه قرار گیرد.(۱)

پس خلاصه ی نظر سیّد خویی قـدس سـره - این شـد که نفس حق نمی توانـد به عنوان ثمن قرار گیرد و حتّی قابل معاوضه و مبادله نیست؛ چون حق حکم است و اضافه ی ملکیه یا اضافه ای که قابل تبادل باشد نیست، پس نمی تواند مورد معاوضه واقع شود؛ هر چند ذی حق می تواند إسقاط حق را که عمل حرّ بوده و مالیّت دارد به عنوان ثمن قرار داده و آن را معاوضه کند.

۱- اما محقق نایینی قدس سره - می فرماید حقوق حتی به نحو اسـقاط نیز نمی تواند به عنوان ثمن در بیع قرار گیرد؛ چون در بیع شرط است که ثمن از ملک مشتری خارج و به ملک بایع درآید، در حالی که در اسقاط بایع نمی تواند آن را مالک شود. و بـالجمله نفس الإسـقاط بمـا أنّه فعـل و أثره بمـا أنّه اسم المصـدر لاـ یقبـل الـدّخول فی ملـک الغیر بحیث یتحقّق بالنّسـبه إلیه الخروج عن ملک المشتری إلی ملک البائع و یکون البائع مالکا لهذا العمل و لا یقاس بشـرط الإسـقاط فی ضمن عقد لازم لأنّ فی باب الشّـرط یملک المشـروط له علی المشـروط علیه إسقاط الحقّ أو سقوطه و لا ملازمه بین قابلیته للدّخول تحت الشرط و بین قابلیّه وقوعه ثمنا لأنّ إسـقاط الحقّ یصـیر بالشرط مملوکا للغیر علی صاحب الحقّ و لکنّه لا یمکن أن یکون بنفسه مملوکا و یحل محلّ المبیع فی الملکیّه. (امیرخانی)

بررسی کلام محقّق نائینی و سیّد خویی قدس سرهما –

برای بررسـی کلام این دو محقّق بزرگوار ابتـدا لازم است تحقیقی درباره ی حقیقت ملک، حق و حکم ارائه کنیم تا ببینیم آیا حقیقت حق همان طور که سیّد خویی فرمودند حکم است یا این که همان گونه که بعضی ادّعا کرده اند حقیقت حق با ملک تفاوت نـدارد و حق مرتبه ی ضـعیف ملک است یا این که طبق نظر عدّه ی قابل اعتنایی حق دارای حقیقتی متفاوت از ملک و حکم است؟

حقیقت مِلک چیست؟

اشاره

در قرآن کریم کلمه ی ملک و مشتقات آن زیاد استعمال شده است، مانند: (لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَ الْأَرْضِ)(۱)، (لَا أَمْلِكُ إِلَّا نَفْسِي وَ أَخِي)(۲)، (مَالِكِ يَوْمِ الدِّينِ)(۳) و ... .

مراتب مِلک

ملکیت دارای سه مرتبه است:

۱. ملکیت حقیقی (به نحو اضافه ی اشراقی): مانند مالکیت خداوند متعال بر مخلوقات که مخلوقات با تمام هستی و هویت خود تحت قدرت، استیلاء و تصرف ذات حق تعالی قرار دارند و شأنی جز تعلق و ربط به او ندارند و حق تعالی احاطه ی قیّومی نسبت به آنان دارد که در اصطلاح اهل معقول و عرفان به «اضافه ی اشراقیه» تعبیر می شود.(۴)

۱- سوره ی مبارکه ی آل عمران، آیه ی ۱۸۹.

۲- سوره ی مبارکه ی مائده، آیه ی ۲۵.

۳- سوره ی مبارکه ی فاتحه الکتاب، آیه ی ۴.

۴- شرح الکافی (للمولی صالح المازندرانی مع تعلیقه العلامه الشعرانی)، ج ۳، ص۱۸۷: المذهب الصحیح أن الممکن لا یستغنی عن العله بعد الایجاد فهو من هذه الجهه نظیر النور بالنسبه الی السراج اذا طفی انتفی النور و لیس نظیر البناء و البانی و قد تفوه بعض المعتزله بخلاف ذلک و قالوا لو جاز علی الواجب العدم لما ضرّ عدمه وجود العالم یعنون انه لو لم یکن الواجب تعالی بعد ایجاد العالم بقی السماء و الارض و الحیوان و الانسان و النبات و سایر المتغیرات بحاله واحده فلم یتفق موت و لا فساد و لا مرض و لا حیاه جدیده و لا کون جدید و لا یشفی مریض و لا یولد أحد الی غیر ذلک نعوذ باللّه من الجهل فتشبیه العالم بالبناء و اللّه تعالی بالبانی صحیح من جهه اصل الاحتیاج لا من جهه استمراره و لا یجب من تشبیه شیء بشیء مشارکه المتشابهین فی جمیع الصفات بل فی وجه الشبه فقط، و زید کالاسد فی الشجاعه لا فی عدم النطق و اما تصور کیفیه الارتباط بین الواجب و الممکن الّذی یقتضی عدم الممکن بفرض انتفاء ارتباطه فغیر ممکن لنا، و قد تکرر فی کلام أمیر المؤمنین علیه السلام - هذا المعنی حیث قال «داخل فی الاشیاء لا بالممازجه و خارج عنها لا بالمباینه» و کل مثال نتمثل به غیر کلامه مقرب من وجه و مبعد من وجه و قد یعبر عن الارتباط بالإضافه الاشراقیه، و قد تحقق أن الوجود الحق واحد و سایر الکثرات موجودات غیر مستقله بأنفسها و ربط محض لا قیام لها بذاتها و کل من یعتقد انه تعالی خارج عن الاشیاء بالمباینه بینونه عزله یلزمه أن یعتقد عدم احتیاج الممکن إلیه تعالی فی استمرار الوجود فبینونته بینونه صفه لا بینونه عزله. (شعرانی)

مالکیّت انسان نسبت به تصورات و محتَوَیات ذهنی خود نیز شبیه مالکیّت خداونـد بر مخلوقات است هر چنـد تفاوت هایی نیز دارنـد از این جهت که تصـورات و محتویـات ذهنی هر شخصـی قـائم به ذهن اوست و تـا التفـات دارد صور موجود است و به مجرد سلب التفات نابود می شود. به همین خاطر این نوع ملکیّت نیز از نوع ملکیّت حقیقی و بالإضافه الإشراقیه(۱) است.

۲. ملکیّت تکـوینی؛ ماننـد ملکیّت انسـان بر قـوا و اعضـاء و جـوارح خود، به این معنـا که هر شـخص مـالکیّت تکوینی بر قوا و اعضاء و جوارح خود دارد و می تواند در آن تصرف کند.

تفاوت نوع دوم با نوعِ اوّل (ملکیّت اشراقیه) که هر دو ملکیّت تکوینی می باشد آن است که در اضافه ی اشراقیه، مملوک عین ربـط و تعلق به مالـک است و اصـل وجودش در اختیـار مالک است به خلاف ملکیّت تکوینی که فقط مالک تکویناً می تواند در آن تصرف کند ولی اصل وجود آن از مالک نیست.

۳. ملکیّت اعتباری؛ ماننـد مالکیّت زیـد بر کتاب. این نوع ملکیّت ما بحـذاء در خارج ندارد و صـرف قرارداد است که با فرض فارض و اعتبار معتبر در عالم

۱- اضافه ی اشْـراقِیّ: اضافه ی مقولی نیاز به دو طرف دارد بر خلاف اضافه ی اشـراقی که یک طرفی است و مضافٌ الیه نفس اضافه است، چنان که گویند علم خدا به اشـیاء به نحو اضافه ی اشـراقی است؛ یعنی علم او عین وجود اشیاء است و از اضافه ی علم او در عالم ابداع موجودات از کتم عدم به وجود آمده اند و چنین نیست که اشـیائی باشـند و میان آن ها و ذات حق اضافه و نسـبت علمی حاصل شودماننـد علم انسان به اشـیاء خارج از خود، بلکه علم او عین وجود اشـیاء است و از بسط علم و فیض حق، اشیاء موجود شده اند. (شرح منظومه، ص۱۶۳)

اعتبار پدیدار می شود و حقیقتی وراء آن ندارد؛ چراکه رابطه ی تکوینی زید نسبت به کتاب در عالم واقع و خارج با رابطه ی عمرو و دیگران نسبت به آن کتاب تفاوتی ندارد، ولی من له الاعتبار بر اساس معیارهایی که وجود دارد اعتبار می کند که آن کتاب، ملک زید باشد و آثاری را بر آن مترتب می کند.

پس ملکیت اعتباری مطابق آن چه معتبِر اعتبار کرده از حیث مدّت و کیفیّت آن در همان عالم اعتبار واقع می شود و تابع آن اعتبار است. ممکن است مالکیتی که برای زید اعتبار کرده از وی سلب کند یا از اوّل ملکیت موقت اعتبار کند و هکذا.

ملکیّتی که در باب فقه و حقوق مورد بحث قرار می گیرد از قسم سوم یعنی ملکیّت اعتباری است و جای توهّم این که از قسم اوّل یا دوم باشد وجود ندارد، گرچه بعضی دچار این اشتباه شده اند که در آینده درباره ی آن توضیح خواهیم داد، إن شاء الله.

روان شناخت فلسفیِ پیدایش ملک اعتباری

(۱)

این قدرت در درون بشر به ودیعه نهاده شده که بتواند با نگاه به طبیعت و تکوین، شبیه آن را اقتباس و نسخه برداری کند؛ مثلاً با نگاه به سنجاقک و چگونگی پروازش شبیه آن را به نام بالگرد (هلی کوپتر) می سازد.

گاهی نسخه ی اقتباس شده از طبیعت و تکوین به صورت ملموس و محسوس در خارج موجود می شود مانند مثالی که ذکر شد و گاهی صرف قرارداد است؛ یعنی شیء حقیقی در خارج افزوده نمی شود که ملموس و محسوس باشد، ولی

۱- مطالبی که در این جا ذکر می شود برگرفته از مطالب محقق اصفهانی قدس سره - در رساله ی حق و حکم، حاشیه بر مکاسب و حاشیه بر کفایه و نیز مطالب شاگرد ایشان علامه ی طباطبایی - رحمه الله علیه - در کتب مختلف شان می باشد که در کتاب فلسفه ی اخلاق در بخش عقل عملی و عقل نظری نیز جمع آوری کرده ام و به طور خلاصه در قالب اصطلاحات مناسب این جا بیان می کنم.

آثاری که در تکوین بر اصل مترتب است بر آن نسخه ی مقتبس مترتب می کند. به عنوان مثال ذهن با دقت در پیکره ی انسان که در تکوین هر عضوی از بدن نقشی را ایفاء می کند مثلاً پا برای جابه جایی و انتقال، دست برای تصرفات و تقلّبات، سر برای راهنمایی و مدیریت و ... جامعه ی بشری را به منزله ی یک پیکر فرض می کند و به هر یک از اعضاء جامعه مانند اعضاء بدن نقشی را محول می کند که عده ای مثلاً نقش پا، عده ای نقش دست و بازو، بعضی هم نقش سر در بدن را ایفاء کنند؛ یعنی مدیریت و کنترل جامعه را برعهده گیرند و همان طور که سر وضعیت بدن را تنظیم می کند، نیازها را تشخیص و برآورده می کند، فرمان به سایر اعضاء صادر می کند و سایر اعضاء حالت فرمان پذیری از سر را دارند، برای کسی که مدیریت جامعه را به عهده می گیرد چنین وظیفه ای را قرار داده و عنوانی مناسب آن اعتبار می کند؛ مثلاً می گوید: «تَرَأسَ» و «صار رئیساً» در حالی که در تکوین تفاوتی برای او نسبت به دیگران حاصل نشده است.

البته اعتباری که عقلاء جعل می کنند بی ملاک نیست و بر اساس اغراض متفاوت است؛ مثلاً به خاطر نیاز به فردی که بتواند مانند سر در بدن جامعه را مدیریت کند و مانع از مختل شدن امور شود عنوان رئیس را جعل می کنند و از کسی که این عنوان را کسب می کند توقع دارند این نیاز را برآورده کند.

گاهی ممکن است به خاطر خلاقیت و ابتکار ذهن، در اقتباسی که از تکوین اخذ می کند تصرف کرده و چه بسا چند صورت برگرفته از تکوین را با هم تلفیق کرده آن را در قالب یک صورت اعتبار کند، در طرف آثار نیز ممکن است تصرف کرده کم و زیاد کند یا آثاری را به آن اضافه کند. به هر حال محدودیتی در اعتبار نیست، مهم غرضی است که اعتبار به دنبال آن است.

مفهوم ملکیت به تلقی عموم یا اکثر فلاسفه، متکلمین و فقهاء از مفاهیم

اعتباری است که مستقیماً و بدون واسطه از تکوین اقتباس شده است، گرچه ظاهر کلمات بعضـی از فقهاء و حتی فلاسـفه این اسـت کـه مفهـوم ملکیت حـاکی از یـک رابطه ی حقیقی بین مالـک و مملـوک در خـارج است و هـویت و مـاهیت حقیقی و خارجی دارد و به اصطلاح از مقولات است.

به همین جهت محقق اصـفهانی - رحمه الله علیه - در ابتـدای بحث حقیقت ملـک، مطالب تفصـیلی عمیقی مطرح می کننـد تا اثبات کننـد که ملکیت از مقولات نیست؛ نه مقوله ی جـده است، نه مقوله ی کیف و نه مقوله ی اضافه، بلکه مفهومی اعتباری است.(۱)

۱- رسـاله فی تحقیق الحق و الحکم، ص۲۵: أمّا أنّ الملک المذکور لیس من المقولات العرضـیه رأسا و أصلا فلوجوه: أحدها: أنّ المقوله ما یقال علی شـی ء یصدق علیه فی الخارج، فلا بد من أن یکون لها مطابق و صوره فی الأعیان، کالسواد و البیاض و مـا شابههمـا من الاـعراض، أو یکون من حیثیـات مـا له مطـابق و من شؤونه الوجودیه، فیکون وجودها بوجوده کمقوله الإضافه، حیث إنّها لمکان کون فعلیتها بإضافتها و لحاظها بالقیاس إلی الغیر لا یعقل أن یکون لها وجود استقلالی، علی تفصیل تعرضنا له فی بعض تحریراتنا الأصولیه. و من الواضح أنّه بعد وجود العقد مثلا لم یوجد ما له مطابق فی الخارج، و لم یتحیّث ذات المالک و المملوک بحیثیه وجودیه، بل علی حالهما قبل العقـد، و صـدق المقوله بلا وجود مطابق أو تحیثه بحیثیه واقعیه أمر غیر معقول. ثانیهـا: أنّ المقولاـت لمکـان واقعیتها لا تختلف باختلاف الانظار، و لا تتفاوت بتفاوت الاعتبارات، فإنّ السـقف الملحوظ إلی ما دونه فوق فی جمیع الانظار، و بالإضافه إلی السـماء تحت بجمیع الاعتبارات، مع أنّ المعاطاه مفیـده للملک عرفا، و غیر مفیده له شرعـا، فالآخـذ بالمعاطـاه و المأخوذ بها مالک و مملوک فی نظر العرف دون الشـرع، مع أنّ الحیثیه الخارجیه العرضـیه لو کانت ذات واقعیه کـانت کالفوقیه و التحتیه اللتین لا تختلف فیهما الانظار. و ثالثها: أنّ العرض کونه فی نفسه کونه لموضوعه، لأنّ نحو وجوده ناعتی لغیره، فیحتاج إلی موضوع محقق فی الواقع، مع أنّ الإجماع واقع علی صحه تملیک الکلی الذمی فی بیع السلف و نحوه، و المشـهور علی مالکیه طبیعی الفقیر للزکاه، و الحال أنّه لم یعتبر فی موضوعه الوجود الخارجی أو لا وجود له أصلا، و لا یعقل أن تکون المالکیه بلحاظ تشـخّص الفقیر عند أخذه للزکاه، أو المملوکیه بلحاظ تشخص الکلی عند الوفاء، فإنّ المالکیه و المملوکیه متضائفان، و المتضایفان متکافئان فی القوه و الفعلیه، فالمالکیه الفعلیه تستدعی المملوکیه الفعلیه و بالعکس، و تقدیر الوجود فی الذمه یستدعی تقدیر وجود الملکیه لا الملکیه التحقیقیه.

ولی به نظر ما اعتباری بودن مفهوم ملکیت واضح است و با توضیحاتی که داده شد شایسته نیست کسی احتمال دهد ملکیت مطرح در باب فقه و حقوق که عقلاء و عرف آن را اعتبار می کنند از باب مقولات عشر ارسطویی(۱) باشد و شاید

۱- ارسطو و عموم فلاسفه ی مشاء، ماهیات را به ده قسم تقسیم کرده اند که به آن مقولات عشر گفته می شود. ماهیات در یک تقسیم بندی به جوهر و عرض تقسیم می شود. جوهر، آن ماهیتی است که اگر موجود شود قائم به نفس است، ولی عرض قائم به نفس نیست و احتیاج به موضوع دارد. أعراض به حسب استقراء نُه قسم است البته شیخ اشراق فقط چهار مقوله [علاوه بر جوهر] قبول دارد و بعضی فقط دو مقوله . که هفت قسم از آن اعراض نسبیه است مثل (أین، متی، وضع، جده، اضافه، فعل و انفعال) و دو قسم آن (کم و کیف) مقوله ی غیر اضافی است. هر کدام از این مقولات هم تقسیماتی دارد مانند کمّ متصل و کمّ منفصل ، کیف محسوس و کیف نامحسوس و ... . • رسائل ابن سینا، ص۱۶: کل لفظ مفرد یدل علی شی ء من الموجودات: فإمّا أن یدلّ علی جوهر، و هو ما لیس وجوده فی موصوف به قائم بنفسه مثل إنسان و خشبه، و إما أن یدل علی کمیه: و هو ما، لذاته، یحتمل المساواه بالتطبیق أو التفاوت فیه، إما تطبیقا متصلا فی الوهم مثل الخط و السطح و العمق و الزمان، و إما منفصلا کالعدد؛ و إما علی کیفیه و هو کل هیئه غیر الکمیه مستقرّه لا نسبه فیها، مثل البیاض و الصحّه و القوّه و الشکل؛ و إما علی إضافه کالبنوّه و الأبوّه؛ و إما علی أین کالکون فی السوق و البیت؛ و إما علی متی کالکون فیما مضی أو فیما یستقبل أو فی زمان بعینه؛ و إما علی الوضع ککلّ هیئه للکلّ من جهه أجزائه کالقعود و القیام و الرکوع؛ و إما علی الملک و الجده کالتلبّس و التسلّح؛ و إما علی أن یفعل شی ء، مثل ما یقال: هو ذا یقطع، هو ذا یحرق؛ و إما علی أن ینفعل شی ء، کما یقال: هو ذا ینقطع، هو ذا یحترق. فهذه هی المقولات العشر. • شرح حکمه الاشراق (الشهرزوری)، ص۴۱۸: اقول: قد عرّف الحرکه فی کتبه بعده تعریفات، منها هذا التعریف المذکور فی الکتاب، و زاد فی هذا التعریف فی «التلویحات» قیدا آخر، فقال: «الحرکه هیئه غیر قارّه بالضروره و لا بدّ منه»؛ و شرح هذا التعریف: ان الموجودات الممکنه تنحصر فی خمس مقولات: الجوهر، و الکم، و الکیف، و الاضافه، و الحرکه علی ما اقام البرهان علیه فی «التلویحات» و غیره فبقید «الهیئه» یخرج الجوهر و بقوله «غیر قارّه» المساوی لما ذکره فی «حکمه الاشراق» لا- یتصور ثباتها یخرج ما هو ثابت من الکم و الکیف و الاضافه؛ و بقید «الضروره» یخرج الزمان، اذ ما لیس بقارّ و هو کل ما یکون اجزائه الفرضیه غیر مجتمعه فی الاعیان ینقسم الی: غیر قارّ الذات لذاته، و هو الذی یکون کذلک بالضروره، و هی الحرکه؛ و الی ما لیس بالذات کذلک، بل بالعرض، و هو الزمان الذی یمنع ثبات اجزائه الفرضیه لا- لذاته بل لمحله، و هو الحرکه، فان الزمان مقدار الحرکه؛ و زاد فی «المطارحات» قیدا آخر، فقال: «الحرکه هیئه لا یتصور ثباتها الا بالتجدد». و معناه ان الهیئه الغیر القارّه انما یتصور ثباتها و استمرارها بالتجدد الدائم، فان الحرکه لیست من الموجودات التی لا تثبت و الا لانقطعت بالکلیه، بل تثبت دائما بالتجدد، و هو قید کثیر الفائده.

علّت این که جناب محقق اصفهانی قدس سره - این گونه مفصل و عمیق وارد بحث شده اند این باشد که چون از مقوله ی جده به مقوله ی ملک و مقوله ی «له» نیز تعبیر می شود و برای آن به مالکیت انسان نسبت به قوا و اعضاء و جوارح مثال زده اند، این طور به ذهن متبادر می شود که ملکیت اعتباری نیز از مقولات است. ولی با توضیحاتی که ذکر کردیم روشن شد که ملکیت فقهی و حقوقی و عرفی ملکیت اعتباری است و تحت هیچ یک از مقولات متأصله نمی گنجد.

ولی این سؤال مطرح است که ملکیت اعتباری که بلاواسطه از تکوین اقتباس شده از چه حقیقتی نسخه برداری شده است از مفاهیم ماهوی یا مفاهیم انتزاعی؟ از ماهیت اقتباس شده یا غیر ماهیت و اگر از ماهیت اقتباس شده جوهر است یا عرض و اگر عرض است تحت کدام یک از مقولات تسعه ی عرضیه قرار دارد؟

احتمالات مطرح شده در مقوله ی مقتبسٌ عنهای ملکیت اعتباری

احتمال اوّل: اقتباس از مقوله ی جده

اشاره

در تعریف جده گفته شده(۱): «الهیئه الحاصله من إحاطه شیءٍ بشیءٍ بحیث ینتقل

۱- الشیخ الرئیس ابو علی سینا که رئیس فلسفه ی مشاء و بلکه رئیس فلاسفه ی اسلامی است در جاهای متعددی مانند نجاه و برهان منطق شفاء می نویسد: «لست أحصله» (النجاه من الغرق فی بحرّ الضلالات، ص۱۵۷) یا «و اما مقوله الجده فلم یتفق لی إلی هذه الغایه فهمها» (منطق شفاء، ص۲۳۵) یعنی تا این زمان معنای جده را تحصیل نکرده و نفهمیده ام! در حالی که ایشان واقعاً انسان فوق العاده ای بوده است. در شانزده سالگی کتاب قانون را در طب نوشته که چقدر مشتمل بر تتبعات و تجربیات علاوه بر مسائل علمی و فکری بوده که تا حدود صد و پنجاه سال پیش، کتاب درسی دانشگاه های غرب بوده است و در بیست و یک سالگی کتاب شفاء را نوشته که افتخار فلاسفه آن است که بتوانند آن را خوب تدریس کنند. [أبو عبید عبد الواحد الجوزجانی] به نقل از استادش بو علی می گوید: «فلما بلغتُ ثمانی عشر سنه من عمری فرغت من هذه العلوم کلها، و کنت اذ ذاک للعلم أحفظ و لکنه الیوم معی أنضج و الا فالعلم واحد لم یتجدد لی شی ء من بعد». در کتاب المباحثات آمده که در جواب شاگردش بهمنیار که مسأله ای را پرسیده بود گفت: «و أنا إلی هذه الغایه لم احصّلها، و ما عندی أن احصّل بعد هذا السنّ شیئا لم احصله قبل، فلا یجب إن تطلب من جهتی فی هذا تحصیل، بل یجتهد فیه الشبّان الأذکیاء الفارغو القلوب» (المباحثات، ص۲۴۹). به هر حال بوعلی سینا با این عظمت علمی درباره ی مقوله ی جده در کتب متعددش می فرماید من آن را نفهمیدم، ولی صاحب شوارق می فرماید: خواجه ی طوسی معنای جده را تحصیل کرده اند. • شوارق الإلهام فی شرح تجرید الکلام، ج ۲، ص۴۹۳: السابع: الملک و یقال له «الجده» و «له» أیضا و یفسّر بانّه نسبه الجسم الی امر حاصر له او لبعضه منتقل بانتقاله کالتقمص و التختم. قال الشیخ: و امّا مقوله الجده فلم یتفق لی الی هذه الغایه فهمها و لا اجد الامور التی تجعل کالانواع لها انواعا لها بل انّما یقال علیها باشتراک الاسم او تشابه و کما یقال الشی ء من الشی ء و الشی ء فی الشی ء و الشی ء علی الشی ء و الشی ء مع الشی ء و لا اعلم سببا یوجب ان یکون مقوله الجده جنسا لتلک الجزئیات لا یوجب مثله فی هذه المذکوره و یشبه ان یکون غیری یعلم ذلک فلیتامّل ذلک من کتبهم ثم قال ما حاصله انّه ان احتیل فی تواطؤ هذه المقوله و عنی بها نسبته الی ملاصق ینتقل بانتقال ما هو منسوب إلیه کالتقمص و التسلح و التغلّ ففیه مجال و یزول التشکیک و یکون منه جزئیّ و منه کلّی و أیضا یکون منه ذاتیّ کحال الهرّه عند اهابها و منه عرض کحال الانسان عند قبضه لکن لیس هذا المعنی من القدر ما یعدّ فی عداد المقولات. و المصنف حصل معناه فقال و هو نسبه التملک و لعلّ المراد هنا هو التفسیر الّذی ذکرنا و هو الاحتیال المذکور فی کلام الشیخ و فی نسخه شرح العلّامه قوله و لخفائها عبّر المتقدمون عنها بعبارات مختلفه کالجده و الملک و له. • مصارع المصارع (للخواجه نصیر الدین الطوسی)، ص۹: سیره الشیخ الرئیس أبو علی الحسین بن عبد اللّه بن حسن بن علی بن سینا: ولد فی الیوم الثالث من شهر صفر الخیر سنه ۳۷۳ الهجریه. مکانته فی العلم أشهر من أن یحتاج الی تعریف، و

مكـارمه أبين من أن توصف. و رعـايه للادب نقتصـر على مـا ذكره هو فى ترجمه نفسه حسب مـا رواه تلميـذه الشـهير أبو عبيد الجوزجانى و هو: كان والـدى من أهل بلـخ، و انتقل منها الى بخارى فى أيام الامير نوح بن منصور، و اشـتغل بالتصـرف و تولى العمـل فى أثنـاء أيـامه بقريه من ضـياع بخـارى يقـال لها «خرميثن»، و هى من أمهات القرى بتلك الناحيه، و بقربها قريه يقال لها «أفشـنه». فتزوج أبى منها بوالـدتى و قطن بها، و ولـدت أنا فيها، ثم ولد أخى ... ثم ابتدأت بقراءه كتاب ايساغوجى على الناتلى، فلما ذكر لى حد الجنس: أنه المقول على كثيرين مختلفين بالنوع فى جواب «ما هو؟». فأخذت فى تحقيق هذا الحد بما لم يسـمع بمثله و تعجب منى كل العجب و كان أى مسأله قالها تصورتها خيرا منه، و حـذر والدى من شـغلى بغير العلم، حتى قرأت ظواهر المنطق عليه، و أما دقائقه فلم يكن عنده منها خبر. ثم أخذت أقرأ الكتب على نفسى و أطالع الشروح حتى أحكمت علم المنطق. فأما كتاب أوقليـدس فانى قرأت عليه من أوله خمسه أشـكال أو سته، ثم توليت حل بنفسـى بقيه الكتاب بأجمعه. ثم انتقلت الى المجسطى، و لما فرغت من مقدماته و انتهيت الى الاشكال الهندسيه قال لى الناتلى: تول قراءتها و حلها بنفسك ثم أعرضها على لا بين لك صوابه من خطائه. و ما كان الرجل يقوم بالكتاب فحالمته، فكم من مشـكل ما عرفه الا حين عرضته عليه و فهمته اياه. ثم فارقنى الناتلى متوجها الى كركانـج. و اشـتغلت أنا بتحصـيل الكتب من الفصوص و الشـروع من الطبيعيات و الالهيات و صار أبواب العلم تنفتـح على. ثم رغبت فى علم الطب و قرأت الكتب المصـنفه فيه. و علم الطب ليس هو من العلوم الصـعبه، فلـذلك برزت فيه أقـل مـده حتى بـدأ فضـلاء الاطبـاء يقرأون على علم الطب. و تعهـدت المرضـى فانفتـح على من أبـواب المعالجـات المقتبسه من التجربه ما لا يوصف. و أنا مع ذلك مشـغول بالفقه و أناظر فيه، و أنا يومئذ من أبناء ست عشره سنه. ثم توفرت على العلم و القراءه سـنه و نصـفا، فأعدت قراءه المنطق و جميع أجزاء الفلسفه، و لم أنم فى هذه المده ليله واحده بطولها و لا اشتغلت بالنهار بغيره. و جمعت بين يـدى ظهورا، فكل حجه كنت أنظر فيها أثبت (فيها) ما فيها من مقـدمات قياسـيه و ترتيبها و ما عساها تنتـج، و أراعى شـروط مقدماتها حتى تتحقق لى تلك المسأله. و الذى كنت أتحير فيه من المسائل و لا أظفر فيه بالحد الاوسـط فى القياس أتردد بسبب ذلك الى الجامع و أصـلى و ابتهل الى مبدع الكل حتى يفتح لى المنغلق منه و يسـهل المتعسر، و أرجع بالليل الى دارى و أحضر السراج بين يدى و اشتغل بالقراءه و الكتابه. فمهما غلبنى النوم أو شعرت بضعف عدلت الى شرب قدح من الشـراب لكيما يعود الى قوتى ثم أرجع الى القراءه. و مهما أخذنى نوم كنت أرى تلك المسائل بأعيانها فى منامى، و اتضـح لى كثير من المسائل فى النوم، و لم أزل كذلك حتى استحكم معى جميع العلوم و وقفت عليها بحسب الامكان الانسانى. و كل ما علمته فى ذلك الوقت فهو كما علمته الان لم أزل ازدد الى اليوم فيه شـيئا. حتى أحكمت علم المنطق و الطبيعى و الرياضى. و انتهيت الى العلم الالهى و قرأت كتاب ما بعـد الطبيعه فلم أفهم ما فيه و التبس على غرض واضـعه حتى أعدت قراءته أربعين مره و صار لى محفوظا و أنا مع ذلك لا أفهمه و لا المقصود به. و أيست من نفسـى و قلت: هـذا كتاب لا سبيل الى فهمه. فخصـرت يوما وقت العصـر فى الوراقين فتقـدم دلال بيـده مجلـد ينادى عليه، فعرضه على فرددته رد متبرم معتقد أن لا فائده فى هذا العلم. فقـال لى: اشـتره فصـاحبه محتـاج الى ثمنه و هو رخيص و أبيعكه بثلاثـه دراهم فـاشتريته فـاذا هو كتـاب أبى نصـر الفـارابى فى أغراض كتـاب «ما بعـد الطبيعه» و رجعت الى دارى و أسـرعت فى قراءته فانفتـح على فى الوقت أغراض ذلك الكتاب لانه كان قد صار لى محفوظا على ظهر القلب. و فرحت بذلك و تصدقت فى اليوم الثانى بشى ء كثير على الفقراء شكرا للّه تعالى. و اتفق لسـلطان الوقت ببخـارى و هو نوح بن منصور مرض تحير الاطبـاء فيه، و قـد كان اشـتهر اسـمى بينهم بالتوفر على العلم و القراءه، فأجروا ذكرى بين يـديه و سألوه احضارى، فحضـرت و شاركتهم فى مـداواته و توسـمت بخدمته و سألته يوما الاذن فى الدخول الى دار كتبهم و مطالعتها و قراءه ما فيها. فأذن لى و أدخلت الى دار ذات بيوت كثيره فى كل بيت صـناديق كتب منضده بعضـها على بعض، ففى بيـت منهـا كتـب العربيـه و الشعر، و فى آخر الفقـه، و كـذلك فى كـل بيت علم مفرد. فطـالعت فهرست كتب

الاوائل و طلبت ما احتجت اليه و رأيت من الكتب ما لم يقع اسمه الى كثير من الناس و لم اكن رأيته قبل ذلك و لا رأيته أيضا من بعد. فقرأت تلك الكتب و ظفرت بفوائدها و عرفت مرتبه كل رجل فى علمه. فلما بلغت ثمانى عشر سنه من عمرى فرغت من هذه العلوم كلها، و كنت اذ ذاك للعلم أحفظ و لكنه اليوم معى أنضج و الا فالعلم واحد لم يتجدد لى شى ء من بعد. و كان فى جوارى رجل يقال له ابو الحسن العروضى، فسألنى أن أصنف له كتابا جامعا فى هذا العلم، فصنفت له المجموع و سميته باسمه و أتيت فيه على سائر العلوم سوى العلم الرياضى، ولى اذ ذاك احدى و عشرون سنه. و كان فى جوارى أيضا رجل يقال له أبو بكر البرقى خوارزمى المولد فقيه النفس متوجه فى الفقه و التفسير و الزهد مائل الى هذه العلوم، فسألنى شرح الكتب، فصنفت له كتاب الحاصل و المحصول فى قريب من عشرين مجلده، و صنفت له فى الاخلاق كتابا سميته كتاب البر الاثم، و هذان الكتابان لا يوجدان الا عنده فانه لم يعر احدا ينسخ منهما ... . قال الشيخ ابو عبيد: فهذا ما حكاه لى الشيخ من لفظه.

المحیط بانتقال المحاط سواء کانت الإحاطه تامه أو ناقصه»(۱) مانند هیئت

حاصله از

۱- موسوعه مصطلحات علم المنطق عند العرب، ص۷۸۸: العرض الذی یعبّر عنه ب (له) و قد یسمّی ب (الجده) و لما مثل هذا ب (المنتقل) و (المتسلّح) و (المتطلّس) فلا یتحصّل له معنی سوی أنه نسبه الجسم إلی الجسم، المنطبق علی جمیع بسیطه أو علی بعضه؛ إذا کان المنطبق ینتقل بانتقال المحاط به المنطبق علیه «له» یدلّ علی المتنعّل و المتسلّح «له» تقال علی أنحاء شتی: أحدها علی طریق الملکه و الحال ... و الثانی علی طریق الکمّ ... و الثالث علی ما یشتمل علی البدن ... و الرابع علی نسبه الجزء إلی الکلّ ... و الخامس ... نسبه الشی ء إلی الوعاء الذی هو فیه ... و السادس علی طریق الملک. • الجوهر النضید، ص۳۰: الملک و الجده و له و هو التملک للشی ء و قیل کون الشی ء مشمولا بما ینتقل بانتقاله کالتلبس و التختم أقول الملک أحد الأجناس العالیه قال الشیخ أبو علی رحمه الله فی الشفاء مقوله الملک لا أحققها و یشبه أن تکون عباره عن کون الشی ء مشمولا لغیره ینتقل بانتقاله کالتلبس و التختم. أما المصنف رحمه الله فإنه جعلها عباره عن نسبه التملک للشی ء قال رحمه الله و باعتبار وقوع الاشتباه فیها وضع الأوائل لها الملک و الجده و له لیوقف علی معانیها و أشکل علیه بأن التملک من باب المضاف و للمانع أن یمنع من ذلک و إن کانت الإضافه عارضه له. • شرح المصطلحات الفلسفیه، ص۷۳: الجده هی نسبه الجسم إلی الجسم المنطبق علی بسیطه أو علی جزء منه. (مفاتیح العلوم/ ۱۴۵) هو عباره عن کون الجوهر فی محیط بکلّه أو بعضه، منتقل بنقله. (مجموعه مصنّفات شیخ إشراق ۱/ ۱۱) هو کون الجسم فی محیط بکلّه أو ببعضه بحیث ینتقل المحیط بانتقال المحاط. (نفس المصدر ۱/ ۲۷۶) هو هیئه تحصل بسبب کون جسم فی محیط بکلّه أو بعضه بحیث ینتقل المحیط بانتقال المحاط مثل التسلّح و التّقمّص. (الحکمه المتعالیه ۱/ ۲۲۳) هی نسبه التملّک. (الشّواهد الرّبوبیّه/ ۲۳) هیئتی است که حاصل می شود از احاطه جسم بجسم دیگر کلّا یا بعضا بحیثیتی که محیط منتقل شود بانتقال محاط مثل هیئتی که حاصل می شود از برای شخص از قبا پوشیدن. (لمعات إلهیّه/ ۲۱۷) هیئه تحصل لأجل ما یحیط. نسبه الشّی ء إلی ما یحیط به بحیث ینتقل بانتقاله. (شرح المنظومه/ ۱۴۳ و ۱۴۴)- الملک. • الحکمه المتعالیه فی الاسفار العقلیه الاربعه، ج۴، ص۲۲۳: و مما عد فی المقولات الجده و الملک و هو هیئه تحصل بسبب کون جسم فی محیط بکله أو بعضه بحیث ینتقل المحیط بانتقال المحاط مثل التسلح و التقمص و التعمم و التختم و التنعل و ینقسم إلی طبیعی کحال الحیوان بالنسبه إلی إهابه و غیر طبیعی کالتسلح و التقمص و قد یعبر عن الملک بمقوله له. • شرح المنظومه، ج ۲، ص۴۹۱: الجده هیئه تحصل لأجل ما یحیط فیکون إضافه الهیئه لأدنی ملابسه. و یمکن کون ما مصدریه- بالشی ء جده حال کون تلک الهیئه بنقله أی بنقل المحیط لنقله أی لنقل الشی ء مقیده کما یقال الجده نسبه الشی ء إلی ما یحیط به بحیث ینتقل بانتقاله.

إحاطه ی عِمامه نسبت به سر، که عِمامه محیط بر سر است و سر محاط آن و با حرکت سر، عِمامه نیز حرکت می کند.

إحاطه گاهی ممکن است إحاطه ی کامل باشـد؛ ماننـد إحاطه ی کفن و جلباب و گاهی ممکن است ناقص باشد؛ مانند عمامه نسبت به سر و پیراهن نسبت به بدن.

مناقشه در احتمال اوّل

مقوله ی جده نمی تواند منشأ اقتباس ملکیت اعتباری باشد؛ چراکه «انتقال محیط به انتقال محاط» از مقوّمات تعریف جده است و بایـد در ملکیت اعتباری نیز که از آن اقتباس شـده این معنا لحاظ شود، در حالی که چنین نیست؛ زیرا اگر مالک را محیط و مملوک را محـاط فرض کنیم، مالک با انتقال مملوک منتقل نمی شود؛ نه حقیقتاً و نه اعتباراً. و اگر عکس آن، یعنی مالک را محـاط و مملـوک را محیـط فرض کنیم بـاز بـا انتقـال مالـک، مملـوک منتقـل نمی شود، علاـوه آن که چنین فرضـی مناسـبت ندارد.(۱)

۱- رسـاله فی تحقیق الحق و الحکم، ص۲۹: و أمّا عـدم کونه من المقولات الثلاث بالخصوص: فلأنّ الجده هی الهیئه الحاصـله للجسم بسـبب إحـاطه جسم بکله أو ببعضه، کـالتختم للإصـبع بسـبب إحـاطه الخاتـم، و کالتعمم للرأس بسـبب إحاطه العمامه، و کـالتقمّص للبـدن بسـبب إحـاطه القمیص، و انتفـاء مثـل هـذه الهیئه الخارجیه للملک بسـبب إحاطه المالک، أو للمالک بسـبب إحاطه الملک واضح جدا. • همان، ص۳۱: ثم إنّ الملک الشرعی و العرفی حیث کان اعتباریا بالمعنی المذکور، فهل هو اعتبار للجـده، أو اعتبـار للإضـافه، أو اعتبـار جـده ذات إضافه؟ الأوسط منها الأوسط، لأنّ الجـده لیست هیئه إحاطه جسم بجسم، حتی یقال إنّه اعتبر إحاطه المالک بالمال، فیکون المعتبر جـده بحسب المفهوم و المعنی، بل الجده هی الهیئه الحاصـله للجسم بسـبب إحاطه جسم به کالهیئه الحاصله للرأس من إحاطه العمامه بالرأس، لا نفس إحاطه العمامه بالرأس، و لا محاطیه الرأس للعمامه، و إن کان عنوان المحیط و المحاط لازما لمورد الجده و لمورد الأین و متی.

احتمال دوم: اقتباس از مقوله ی کیف (کیف نفسانی)

اشاره

بعضـی گفته انـد: ملك از مقوله ی کیف نفسانی اقتباس شـده است؛ زیرا ملك همان سـلطنت است و سلطنت یعنی قـدرت بر تقلیب و تصـرف در شـیء و از آن جـا که قـدرت از مقوله ی کیف نفسانی است، پس ملك مقتبس از مقوله ی کیف نفسانی است.

مناقشه در احتمال دوم

ملکیت، مناسبت چندانی با قدرت که کیف نفسانی است ندارد؛ چراکه قدرت بر افعال تعلق می گیرد؛ نه أعیان مانند قدرت بر بلند کردن شـیء، قدرت بر جابه جا کردن شیء، قدرت بر ایجاد و اعدام شیء و ... که متعلق آن فعل می باشد؛ نه خود عین بر خلاف ملك که عمدتاً به اعیان تعلق می گیرد و آن عین، مملوك مالك است.(۱)

علاوه آن که در ملکیت رابطه ی عمیق تری بیش از صرف قدرت بر تصرف و تقلیب، بین مالك و مملوك ایجاد می شود که توضیح آن خواهد آمد، لذا ملك نمی تواند فقط مقتبس از قدرت که از مقوله ی کیف نفسانی است باشد.

۱- همـان: و أمّا مقوله الکیف فهی فی غایه السـخافه، لما عرفت من أنّ القـدره لا تتعلق بالافعال، و الملکیه متعلقه ابتـداء بالعین، فکیف تکون متعلقه للقـدره النفسانیه و للقوه الجسدانیه حتی تکون عباره عن الملکیه، هذا کله فی عدم کون الملك الشـرعی و العرفی من المقولات العرضیه عموما و خصوصا.

احتمال سوم: اقتباس از مقوله ی اضافه

اشاره

احتمال سوم که محقق اصفهانی – رحمه الله علیه – به آن تمایل پیدا کرده آن است که ملک مقتبس از مقوله ی اضافه است.

تعریف مقوله ی اضافه این چنین است: «الهیئه الحاصله من نسبه الشیء إلی شیء من حیث أنه منسوب إلی ذلک الشیء»(۱) مثل أبوّت، بنوّت، فوقیّت، تحتیت و

۱- الجوهر النضید، ص۲۸: المضاف و هو ما یعقل بالقیاس إلی غیره و لا وجود له سوی ذلک کالأبوه و البنوه و قد یعرض للمقولات جمیعا أقول المضاف من الأجناس العالیه و فیه مباحث أحدها فی رسمه و هو الذی یعقل بالقیاس إلی غیره و لا وجود له سوی ذلک و تحقیق هذا الرسم أن من الماهیات ما یستقل بالمعقولیه من غیر حاجه إلی غیره یقاس إلیه و منه ما لا یعقل إلا بالقیاس إلی غیره. و الثانی هو المضاف و هو قسمان حقیقی و مشهوری و ذلک لأنه إذا عقل بالقیاس إلی غیره فإما أن یکون له وجود خاص سوی ذلک و هو المضاف المشهوری کالأب و الابن فإن للأب وجودا مغایر المعقولیه بالقیاس إلی غیره و إما أن لا یکون له وجود سوی معقولیته بالقیاس إلی غیره و هو المضاف الحقیقی کالأبوه و البنوه و هو المراد هاهنا. و ثانیها اختلف الناس فی وجود الإضافه فأثبته جماعه لأن فوقیه السماء لیس أمرا تقدیریا لا غیر بل هو أمر متحقق ثابت خارج الذهن و هو غیر السماء و غیر العدم الصرف فهو ثابت. و أنکره جماعه و استدلوا بأن الإضافه لو کانت موجوده و هی عرض لافتقرت إلی المحل و یکون حلولها فی ذلک المحل إضافه أخری و یلزم التسلسل. أجاب الشیخ عنه بأن من المضاف ما هو مضاف بذاته و منه ما هو مضاف باعتبار غیره و هذا الأخیر یرجع إلی الأول و ینقطع التسلسل و ذلک لأن الأبوه مثلا مضافه لذاتها إلی الابن و حلولها مضاف لذاته إلی المحل فانقطع التسلسل. هذا خلاصه ما ذکره الشیخ و هو غیر واف بالمطلوب لأن السائل لم یلزم التسلسل باعتبار أن المضاف دائما إنما یکون مضافا بإضافه مغایره له و إنما ألزم التسلسل من حیث إن الإضافه إذا کانت موجوده کانت عرضا فتکون حاله فی محله و تکون هناک إضافتان إحداهما الأبوه و ثانیهما الحلول و کل واحد منهما مضاف لذاته إلی غیره لکن الحلول من حیث إنه عرض موجود یفتقر إلی محل فیکون حلوله فی ذلک المحل إضافه أخری و یلزم التسلسل و کلام الشیخ یصلح جوابا علی تقدیر إیراد السؤال علی الوجه الأول إما علی هذا الوجه فلا. و ثالثها اعلم أن الإضافه قد تعرض لجمیع المقولات أما الجوهر فکالأب و الابن مثلا و أما الکم فکالأعظم و الأصغر و أما الکیف فکالأسخن و الأبرد و أما المضاف فکالأبعد و الأقرب و أما الأین فکالأعلی و الأسفل و أما المتی فکالأقدم و الأحدث و أما الوضع فکالأنصب و أما الملک فکالأکسی و أما الفعل فکالأقطع و أما الانفعال فکالأشد تسخنا. • شرح المصطلحات الفلسفیه، ص۲۲: الإضافه نسبه شیئین کلّ واحد منهما ثباته بثبات صاحبه (رسائل الکندیّ الفلسفیّه/ ۱۶۷). أعلی جنس یعمّ جمیع الأنواع الّتی تعرّفنا فی مشار مشار الیه أنّه مضاف، یسمّی الإضافه (الحروف/ ۷۲). هی نسبه الشّیئین یقاس أحدهما إلی الآخر (مفاتیح العلوم/ ۱۴۴). ماهیّه تعقل بالقیاس إلی غیرها، و لا یصحّ فی مثل هذه الماهیّه إلّا أن توجد مع غیرها (التّعلیقات/ ۹۴). هی حاله للشّی ء یکون کونه بسببه، و به یعلم

أنّ آخر مقابله (نفس المصدر/ ١.٧۴) هی حاله للجوهر تعرض بسبب کون غيره فی مقابلته، کالأبوّه و البنوّه (مقاصد الفلاسفه/ ٩٨). کلّ موجود فی الموضوع إمّا ان يتصوّر ثباته [أو لا ...] و ما يتصوّر ثباته فإمّا ان تعقل ماهيّته دون القياس إلی غيرها، أو لا تعقل إلّا بالقياس إلی غيرها. و هذه هی الإضافه. (مجموعه مصنّفات شيخ إشراق ١/ ٧) هی حاله نسبه متکرّره. (شرح الهدايه الأثيريّه/ ٢٧١) هی النّسبه الّتی تعرض للشّی ء بالقياس إلی نسبه اخری. (إيضاح المقاصد من حکمه عين القواعد/ ١۶١، شرح حکمه العين/ ٢۶٣) عرض يا تصوّر کنند ثبات او را لذاته، يا تصوّر نکنند ثبات او را لذاته اگر تصوّر ثبات او لذاته کنند يا تعقّل او کنند دون النّسبه الی غيره يا تعقّل او نکنند دون النّسبه ... و آنچه تعقّل او نتوان کرد دون النسبه الی غيره اضافه است (درّه التّاج ٣/ ۵١). هی النّسبه العارضه للشّی ء بالقياس إلی نسبه أخری (مطالع الأنظار/ ٧١ و ٧٢). هی النّسبه المتکرّره أی نسبه تعقّل بالقياس إلی نسبه أخری معقوله أيضا بالقياس إلی الأولی، کالابوّه. (شرح المواقف/ ١٩۴) الإضافه الحقيقيّه هی تکون إضافه السّطح الّذی هو العارض إلی الجسم الّذی هو المعروض. (حاشيه المحاکمات/ ١٣١) الماهيّه إن تصوّر ثباتها فإمّا أن لا يعقل دون القياس إلی غيرها فهی الإضافه. (الحکمه المتعاليه ١/ ۵) هی نسبه متکرّره من الجانبين معا، و يجب فيهما التّکافؤ فی العدد. و هی عارضه لجميع الموجودات سيّما ما هو مبدأ الکلّ. (الشّواهد الرّبوبيّه/ ٢٣) عرضی است که تعقّل آن، بسته به تعقّل ديگری باشد به حيثيتی که تعقّل ديگری نيز بسته به تعقّل آن باشد مثل أبوّت و بنوّت و أخوّت.(لمعات إلهيّه/ ٢١٧)- المقولات، المعيّه، النّسبه، النّسبه المتکرّره. • المعجم الفلسفی، ج ١، ص١٠١: الاضافه فی الفرنسيه/Relation فی الانکليزيه/Relation فی اللاتينيه/Relatio الإضافه، فی اللغه، نسبه الشی ء الی الشی ء مطلقا، و فی الاصطلاح، نسبه اسم الی اسم، جر ذلک الثانی بالأول نيابه عن حرف الجر أو مشاکله. و قيل: الاضافه ضمّ شی ء الی شی ء، و منه الاضافه فی اصطلاح النحاه، لأن الأول منضم الی الثانی، ليکتسب منه التعريف و التخصيص. و للاضافه عند الفلاسفه عده معان: ١- الاضافه هی المقوله الرابعه من مقولات أرسطو، و هی جمع تصورين أو أکثر فی فعل ذهنی واحد، کالهويه، و المعيه، و التعاقب، و المطابقه، و السببيه، و الأبوه، و البنوه، و غيرها. و الاضافه تلحق جميع المقولات، و ذلک انها تعرض للجوهر، کالأبوه و البنوه، أو تعرض للکم، کالضعف و النصف و القليل و الکثير، أو تعرض للکيف، کالشبيه و العالم و المعلوم، أو تعرض للأين، کالمتمکن و المکان، أو تعرض للزمان، کالمتقدم و المتأخر، أو تعرض للوضع، کاليمين و اليسار، أو توجد فی الفعل و الانفعال. قال ابن رشد: «و الفرق بين هذه الخمس- الکلام علی المقولات- التی تتقوم بالنسبه، و بين الإضافه التی أيضا وجودها فی النسبه، ان النسبه المأخوذه فی الاضافه هی نسبه بين شيئين، تقال ماهيه کل واحد منهما بالقياس الی الثانی، مثل الأبوه و البنوه. و أما النسبه المأخوذه فی الأين و متی و سائر تلک المقولات فانما يقال ماهيه أحدهما الی الثانی فقط. و مثال ذلک: ان الأين، کما قيل، هو نسبه الجسم الی المکان، فالمکان مأخوذ فی حده الجسم ضروره، و ليس من ضروره حد الجسم أن يوجد فی حده المکان، و لا هو من المضاف، فان أخذ من حيث هو متمکن لحقته الاضافه، و صارت هذه المقوله بجهه ما داخله تحت مقوله الاضافه. و کذلک سائر مقولات النسب ... و قد تلحق الاضافه سائر لواحق المقولات مثل التقابل، و التضاد، و العدم، و الملکه. و هی بالجمله قد تکون من المعقولات الأول، و من المعقولات الثوانی کالإضافه التی بين الجنس و النوع». (ابن رشد، کتاب ما بعد الطبيعه، ص: ٨- ٩). ٢- و الاضافه هی إحدی مقولات (کانت) التی تتضمن نسبه العرض الی الجوهر، و نسبه العله الی المعلول، و نسبه الاشتراک (أی التأثير المتبادل بين الفاعل و المنفعل). و تنقسم الأحکام عند (کانت)، من حيث الإضافه، الی ثلاثه أقسام: ١) الحمليه المطلقه (Categoriques) و هی التی لا يتقيد الاسناد فيها بشرط أو فرض، ٢) الشرطيه المتصله (Hypothetiques) کقولک: ان کان الجوّ معتدلا، خرجت من البيت، ٣) الشرطيه المنفصله (Disjonctifs) کقولک: اما أن يأتی، و اما ان لا يأتی. ٣- و الاضافه هی نسبه بين شيئين تصور احدهما يمنع التصديق بالآخر، و لکنه لا يمنع التفکير فيه، و

ذلك لأنهما يتضمنان تصور شى ء ثالث يربط بينهما. قال (هاملن) Hamelin : كلّ إثبات لشى ء يمنع إثبات عكسه، و كل تصديق برأى يمنع التصديق بضده، و لا معنى للرأيين المتضادين إلا اذا حال أحدهما دون الأخذ الآخر. و هذا المبدأ الأول يتمّم بآخر ليس أقل منه ضروره، و هو أنه لما كان لا معنى لأحد المتضادين إلا بالنسبه الى الآخر وجب أن يكون المتضادان متصورين معا، لأنهما جز آن من كلّ واحد. و لذلك يجب أن نضيف الى المرحلتين اللتين وجدناهما فى التصور الذهنى مرحله ثالثه، و هى مرحله التأليف، فالرأى، و ضده، و التأليف بينهما قانون عام، و هو فى مراحله الثلاث أبسط قانون للأشياء، و نحن نطلق عليه اسم الاضافه». ۴- الإضافه هى علاقه بين شيئين من شأن أحدهما أن يتبدل بتبدل الثانى، كتبدل التابع الرياضى بتبدل المتغير، أو كتبدل كميه محصول الأرض بتبدل كلف الشمس (جيفولس)Jevons. و تسمى الاضافه فى هذه الحاله علاقه، و تطلق على كل قانون يعبر عن رابطه بين شيئين، أو عده أشياء متغيره، كما فى قول كورنو: «يجب معارضه مسلمات الملاحظه بالاضافات- أى بالعلاقات- التى عرضتها النظريه». و تقسم الاضافه الى ما يختلف فيه اسم المتضايفين، كالأب و الابن، و الى ما يتوافق فيهما الاسم، كالأخ مع الأخ، و الى ما يختلف فيه بناء الاسم مع اتحاد ما منه الاشتقاق، كالعالم و المعلوم، و الحاس و المحسوس. و اماره اللفظ الداله على الإضافه هى التكافؤ من الجانبين، فان الأب أب للابن، و الابن ابن للأب. و من شرائط هذا التكافؤ أن يراعى فيه اتحاد جهه الاضافه حتى يؤخذ كله بالفعل او كله بالقوه. و من خواص الإضافه انه اذا عرف أحد المضافين محصلا به عرف الآخر أيضا كذلك، فيكون وجود أحدهما مع وجود الآخر لا قبله و لا بعده. (ر: الغزالى، معيار العلم، ص۲۰۵).

... کـه دو نسـبت دارد؛ یعنی نسـبت، متکرره اسـت؛ مثلاًـ در ابـوت، أب نسـبتی بـه ابن دارد از این حیث که ابن نیز منسـوب به اوست؛ یعنی در همـان زمـانی که نسـبت اب را به ابن در نظر می گیریم توجه داریم که ابن نیز منسوب به أب است و از همان نظر أب را به ابن نسبت می دهیم. به خلاـف مقولاـت دیگر که در آن نسبت یـک طرفه است، مثلاًـ «أین» نسـبت فرد است به مکان بدون ملاحظه ی نسبت مکان به فرد و نیز «متی» نسبت فرد است به زمان و ... .

محقق اصفهانی قدس سره – می فرماید(۱): ملک اعتباری مقتبس از مقوله ی اضافه است؛ چون

۱- رسـاله فی تحقیـق الحـق و الحکـم ، ص۳۱: بـل التحقیق: أنّ اعتبـار احتواء المالـک بـالمملوک و کون المملوک محویـا، أو إحاطه المالک بالمملوک و کون المملوک محاطا، من اعتبار مقوله الإضافه، و لـذا قال بعض الأکابر: فی شـرح الهـدایه الأثیریه بعد شـرح حقیقه الجده (و قد یعبر عن الملک بمقوله «له» و هو اختصاص شی ء بشی ء من جهه استعماله إیاه و تصرفه فیه، فمنه طبیعی ککون القوی للنفس، و کـذلک کون العـالم للبـاری جـلّ ذکره، و منه اعتبـار خارجی ککون الفرس لزیـد و فی الحقیقه الملک بالمعنی المـذکور یخالف هذا الاصـطلاح.) و قال بعده فی کتاب آخر: (فإنّه من مقوله المضاف لا غیر) انتهی. • حاشیه کتاب المکاسب (للأصـفهانی، ط – الحدیثه)، ج ۱، ص۱۷: أنّ الملکیه الشـرعیه و العرفیه- کما حققناه فی الأصول خصوصا فی مبحث الأحکام الوضـعیه- لیست من المقولات الواقعیه- لا بمعنی الموجود بوجود ما بحـذائه، و لا بمعنی الموجود بوجود منشأ انتزاعه- فهی لیست من الاـعراض المقولیه حتی مقوله الإضـافه- و إن کـان مفهوم المالکیه و المملوکیه من الإضافات العنوانیه- لمـا ذکرنـا من الـبراهین القطعیه علی خروجهـا من حـدود المقولاـت. و إنّمـا هی اعتبـاریه لاـ بمعنی المجـامع للمقولیه، کمقوله الإضـافه التی تکون مقولیتهـا باعتبـار منشأ انتزاعها، و اعتباریتها بملاحظه فعلیتها المتقوّمه بلحاظ شـی ء بالقیاس إلی شـی ء آخر علی مـا حقـق فی محله. بـل بمعنی أنّ الملکیه لهـا نحوان من الوجـود، بأحـد نحویه یکـون مقوله، و بالآـخر موجودا بالاعتبـار، فالاعتبار الواجدیه هی الملکیه الاعتباریه، و إن کان نفس الواجدیه الحقیقیه من مقوله الجده أو الإضافه، و هذا النحو من الوجود لا اختصاص له بمقوله الإضافه، بل یصـح اعتباره فی کل معنی مقولی- کاعتبار الشـجاع أسدا، و اعتبار علم زید فوق علم عمرو، و اعتبار القلب أبیض إلی غیر ذلک- علی ما أوضـحنا القول فیه فی محله فلیراجع. • نهایه الـدرایه (ط- القدیمه)، ج۳، ص۱۴۴: ثمّ إن اعتبـار الملـک- شـرعاً أو عرفا- هل هو اعتبار الملک بمعنی الجـده؟ أو اعتبار بمعنی الإضافه؟ و الصـحیح هو الثانی، لأن مقوله الجده لیست نفس الإحاطه، و هو المبدأ للمحیط و المحاط، حتّی یتوهم أنّ اعتبار الملک هو اعتبار المبدأ المستلزم لانتزاع عنوانی المالک و المملوک بقیام المبدأ الاعتباری بذات المالک و المملوک. بل الجده هی الهیئه الحاصله للجسم بسبب إحاطه جسم آخر به، بحیث ینتقـل المحیـط بانتقال المحاط، و لـذا یعبر عنها بالتختم و التعمم و التقمص. و من الواضـح أنّ المحیط فی الملک الشـرعی هو المالک و لا ینتقل بانتقال المحاط، بل المحاط هنا ینتقل بانتقال المحیط، فلیس اعتبار الملک شرعاً أو عرفاً، إلّا اعتبار المالکیه و المملوکیه. و لـذا قال بعض الأکابر [و هو صـدر المتألهین] بعد بیان الجده: و قد یعبر عن الملک بمقوله «له» و هو اختصاص شـی ء بشی ء من جهه استعماله إیاه و تصرفه فیه، فمنه طبیعی ککون القوی للنفس و کذلک کون العالم للباری جـل ذکره. و منه اعتباری خارجی ککون الفرس لزیـد، و فی الحقیقه، الملک بالمعنی المـذکور یخالف هـذا الاصـطلاح. و قال بعـده فی موضع آخر: فـانه من مقوله المضـاف لا غیر إلـخ. و غرضه ان المعنی معنی مقولی إضافی، لا أنه مقول حقیقه، کیف و

مطـابق الملك فى البارى تعالى من جمله الأمثله و لا يعقل انـدراجه تحت مقوله فضـلًا عن مقوله المضاف التى هى من أضـعف الأعراض. و غرضه من الاعتبار الخارجى فى قبال الاعتبار الذهنى، و قد مر مراراً شرح حقيقتها فراجع.

ملک به معنای «احتواء شیء علی شیء»(۱) یا «احاطه شیء بشیءٍ» است و همان طور که

۱- رساله فی تحقیق الحق و الحکم، ص۳۲: و هل الملک مفهوما هو الاحتواء أو الإحاطه أو السلطنه أو الوجدان؟ الظاهر أنّه لیس بمعنی السلطنه، فإنّها مفهوما تتعدی إلی متعلقها بحرف الاستعلاء، و الملک یتعدی بنفسه، کما أنّ الإحاطه تتعدی تاره بالباء، و أخری بحرف الاستعلاء، و المظنون أنّه یساوق الاحتواء و الوجدان تقریبا.

احاطه و احتواء امری اضافی است ملک هم امری اضافی است و از آن جا که قید «انتقال محیط به انتقال محاط» در آن اخذ نشده پس از مقوله ی جده نمی باشد، کما این که ملاصدرا - رحمه الله علیه - (۱) نیز ملک را از مقوله ی اضافه می داند؛ نه از مقوله ی جده.

پس حق آن است که ملک مقتبس از مقوله ی اضافه است، به این معنا که «لو وجد فی الخارج حقیقه لکان من مقوله الاضافه» و لکن چون اعتبار است نه ما بإزاء در خارج دارد و نه منشاء انتزاع. (۲)

۱- الحکمه المتعالیه فی الاسفار العقلیه الاربعه، ج۴، ص۲۲۳: و مما عد فی المقولات الجده و الملک و هو هیئه تحصل بسبب کون جسم فی محیط بکله أو بعضه بحیث ینتقل المحیط بانتقال المحاط مثل التسلح و التقمص و التعمم و التختم و التنعل- و ینقسم إلی طبیعی کحال الحیوان بالنسبه إلی إهابه و غیر طبیعی کالتسلح و التقمص- و قد یعبر عن الملک بمقوله له فمنه طبیعی ککون القوی للنفس و منه اعتبار خارجی ککون الفرس لزید ففی الحقیقه الملک یخالف هذا الاصطلاح فإن هذا من مقوله المضاف لا غیر. • شرح الهدایه الاثیریه، ص۳۰۵: و أما الملک و یسمی الجده أیضا، فهو حاله تحصل للشی ء بسبب ما یحیط به إحاطه تامه أو ناقصه طبیعیه، کحال الحیوان بالنسبه إلی إهابه، أو غیر طبیعیه و بقوله و ینتقل بانتقاله یخرج مقوله الأین ککون الإنسان یعنی به الحاله الحاصله له لأجل کونه متعمما و متقمصا و قد یعبّر عن الملک بمقوله له و هو اختصاص شی ء بشی ء من جهه استعماله إیاه و تصرفه فیه. فمنه طبیعی ککون القوی للنفس، و کذلک کون العالم للباری جلّ ذکره. و منه اعتبار خارجی ککون الفرس لزید، و فی الحقیقه الملک بالمعنی المذکور یخالف هذا الاصطلاح.

۲- رساله فی تحقیق الحق و الحکم، ص۳۰: بل التحقیق الحقیق بالتصدیق فی جمیع الوضعیات العرفیه أو الشرعیه: أنّها موجوده بوجودها الاعتباری، لا بوجودها الحقیقی، بمعنی أنّ المعنی سنخ معنی بحیث لو وجد خارجا بوجوده الخارجی لکان إمّا جوهرا بالحمل الشائع، أو کیفا کذلک، أو إضافه أو جده بالحمل الشائع، لکنه لم یوجد بهذا النحو من الوجود، بل أوجده من له الاعتبار بوجوده الاعتباری، مثلا الأسد بمعنی الحیوان المفترس معنی لو وجد بوجوده الحقیقی لکان فردا من نوع الجوهر، لکنه قد اعتبر زید أسدا، فزید أسد بالاعتبار، حیث اعتبره المعتبر أسدا، و الفوقیه معنی لو وجد فی الخارج حقیقه لکان من مقوله الإضافه، لکن قد اعتبر علم زید فوق علم عمرو، قال تعالی: (وَ فَوْقَ کُلِّ ذِی عِلْمٍ عَلِیمٌ) و البیاض و السواد لو وجدا فی الخارج لکانا فردین من مقوله الکیف المبصر، لکنهما ربّما یوجدان بوجودهما الاعتباری، فیقال «قلب زید أبیض» و «قلب عمرو أسود». فکذا الملک معنی لو وجد فی الخارج لکان جده أو إضافه مثلا، لکنه لم یوجد بذلک النحو من الوجود، بل وجد بنحو آخر عند اعتبار المتعاملین مالکا شرعا أو عرفا، و العین مملوکه شرعا أو عرفا، و هذا نحو آخر من الوجود سار و جار فی کل موجود بلحاظ جهه داعیه إلی الاعتبار به یکون موضوعا للاحکام و الآثار شرعا و عرفا، فالعین الخارجیه ربّما تکون جدته الخارجیه الحقیقیه لزید وجدته الاعتباریه لعمرو مثلا.

بررسی احتمال سوم

برای دریافت حقیقت ملک اعتباری لازم است به ارتکازات عرفیه رجوع شود. به نظر می رسد بار معنایی ملک نزد عرف بیش از معنایی است که محقق اصفهانی - رحمه الله علیه - در تعریف ملک فرمود که «احتواء الشیء علی شیء» و این طور نیست که صرفاً مانند احتواء الکوز علی الماء و احتواء الصُندوق علی النقد باشد و فقط هیئتی نیست که از نسبت مالک به مملوک از این حیث که مملوک هم منسوب به مالک است حاصل شده باشد، بلکه نسبت ملکیت اعتباری مالک به مملوک نظیر ملک تکوینی انسان به قوا و اعضاء و جوارح خود می باشد؛ یعنی همان طور که انسان مالک دست، پا و سایر اعضاء و قوای باطنی خود بوده و بر آن سیطره داشته و امتداد وجودی او محسوب می شود به گونه ای که «یتقلّب فیه کیف یشاء» در ملکیت اعتباری نیز چنین آثاری اعتبار شده است؛ یعنی ملک یک نوع وابستگی وجودی به مالک داشته و قدرت بر تقلیب و تقلّب آن دارد؛ نه این که صرف احتواء و احاطه باشد.(۱)

۱- حاشیه الکفایه (للعلامه الطباطبایی)، ج۲، ص۲۵۰: ان الملک یقع بالاشتراک علی ثلاثه معان أحدها مقوله برأسها و هی الهیئه الحاصله من إحاطه شی ء بشی ء بحیث ینتقل المحیط بانتقال المحاط و الثانی و الثالث الاختصاص الخاصّ المشترک بین الاختصاص الحقیقی کملک الباری تعالی للعالم و سببه الاستناد الوجودیّ من المملوک إلی المالک و هو الإضافه الإشراقیه و بین الاختصاص الاعتباری و سببه اما امر اختیاری کالتصرف و الاستعمال أو سبب غیر اختیاری کالإرث و نحوه و هذا القسم هو محل الکلام و هو خارج محمول من مقوله الإضافه لا محمول بالضمیمه من مقوله الملک و الجده. أقول و فیه أولا ان ما وقع فی الوهم و سلم فی الدفع ان مقوله الجده محموله بالضمیمه من واضح الخطاء و انما هی مقوله نسبیه من قبیل الخارج المحمول و لیرجع فیه إلی محله. و ثانیا ان عد التصرف و الاستعمال من أسباب الملک یناقض ما صرح به سابقا ان التصرفات من آثار الملک المترتبه علیه المتأخره عنه. و ثالثا ان عد الملک الاعتباری من مقوله الإضافه غیر مستقیم إذ لا یجوز ان یکون الملک من مقوله الإضافه لا حقیقه و لا اعتبارا اما حقیقه فلان الإضافه الحقیقیه من المقولات الخارجیه التی لها وجود خارجی لا یختلف و لا یتخلف باختلاف الأنظار و من الواضح ان الملک الّذی هو اعتبار عقلائی یختلف باختلاف الأنظار و یتخلف فربما یصدق حده علی مورد و لا یصدق اسمه و ربما یصدق اسمه و لا یصدق حده و هو ظاهر. و اما اعتبارا فلان جعل شی ء شیئا اعتبارا مستلزم لصدق حده علیه دعوی و لا یصدق علی الملک حد الإضافه و هو نسبه حاصله بین ماهیتین بحیث لا تعقل إحداهما الا مع تعقل الأخری فهی نسبه متکرره و من المعلوم ان لا نسبه متکرره بین الإنسان و بین ما یملکه و ان کانت بینهما نسبه ما فما کل نسبه بإضافه. و اما تکرار النسبه بین المالکیه و المملوکیه فهی إضافه جعلیه حاصله بأحد النسبه المتوسطه بین المنسوب و المنسوب إلیه مع کل واحد من الطرفین فتتکرر ح النسبه و یصدق علیه بهذا الأخذ حد الإضافه کأخذ النسبه الواحده المتوسطه بین الضارب و المضروب و الناصر و المنصور مع الطرفین فیتحقق بذلک الضاربیه و المضروبیه و الناصریه و المنصوریه و هی نسبه الإضافه المقولیه و اما نفس النسبه بین زید الضارب و عمر و المضروب مثلا فغیر متکرره و لیست من الإضافه المقولیه فی شی ء. و الشاهد علی انها جعلیه غیر حقیقیه ارتفاعها بارتفاع الجعل المذکور و عروضها لنفس الإضافه و تسلسلها بتسلسل الأخذ و الاعتبار و انقطاع السلسله بانقطاع اعتبار العقل کفوق و تحت و فوقیه الفوق و تحتیه التحت و فوقیه فوقیه الفوق و تحتیه تحتیه

التحت و هلم جرا. فقد تحصل ان الملک غير داخله تحت مقوله الإضافه لا حقيقه و لا اعتبارا و کذا تحت مقوله الجده لا حقيقه و لا اعتبارا لعدم صدق حدها عليه لا حقيقه و لا دعوى و قد عرفت مضافا إلى ذلک فيما تقدم ان شيئا من الاعتباريات غير مأخوذ من شى ء من المقولات أصلا بل من أوصاف وجوديه و روابط خارجيه تترتب عليها آثار خاصه مطلوبه هذا بالنسبه إلى الکل. و اما الملک خاصه فهو اعتبار الملک الحقيقى الّذى هو قيام وجود شى ء بشى ء بحيث يکون کل ما للقائم فهو للمقوم و يلزمه إمکان تصرف المالک فى المملوک ذاتا و آثارا بحسب سرايه اعتبار الملک إلى المملوک و الدليل على ذلک صدق حده عليه و کون الآثار المترتبه على الاعتبارى دعوى هى التى للحقيقى فما لملک العقلائى الاعتبارى اعتبار للملک العقلى الحقيقى.

نظر مختار در حقیقت ملک اعتباری

بنابراین اگر ملک را طبق اصطلاحات و معیارهای فلسفه ی مشاء تعریف کنیم می گوییم: ملک مفهومی است که مقتبس از دو مقوله ی اضافه و کیف نفسانی (قدرت) می باشد که از حیث مقوله ی اضافه، مالک احتواء و احاطه بر مملوک دارد و از حیث مقوله ی کیف نفسانی، قدرت بر تقلیب و تصرف در مملوک دارد.(۱)

۱- شاید کلام محقق اصفهانی قدس سره - در رد این که ملک مقتبس از مقوله ی جده ی ذات اضافه باشد بتواند در این جا نیز کاربرد داشته باشد: • رساله فی تحقیق الحق و الحکم، ص۳۲: و أمّا عدم کونه جده ذات إضافه، بتوهم عروض الإضافه لجمیع المقولات، فلأنّ عروض الإضافه للجده معنی، و عروض الإضافه علی مورد الجده معنی آخر، مثلا فی مقوله الأین عنوان المحیط و المحاط المتضایفین موجود، لکنهما منتزعان من الجسم و المکان، لا- من مقوله الأین و هو الکون فی المکان، بل الإضافه العارضه لمقوله الأین کالعالی و السافل، فکذا عروض الإضافه للجده کالأکسی، فإنّه لو لوحظت الجده فی التقمّص- من حیث زیادتها علی الجده فی التعمم- کان التقمّص أکسی من التعمم، و تمام الکلام فی محله. • نهایه الدرایه (ط- القدیمه)، ج۳، ص۱۴۲: و التحقیق: أن الملک من المفاهیم العامه، و هو بنفسه لا یقتضی أن یکون مطابقه امراً مقولیاً، و لا جده، و لا- إضافه و إنما یدخل تحت المقوله إذا کان صادقاً فی الخارج علی ما یقتضیه طبع تلک المقوله. کما أنّ المفاهیم الإضافیه من العالمیّه و المعلومیّه، و المحبّه و المحبوبیّه و المحیطیّه و المحاطیّه کذلک. و لذا یصدق العالمیّه و المعلومیّه، و المحبّیه و المحبوبیّه علیه تعالی مع انه تعالی لا- یندرج تحت المقولات، لوجوب وجوده تعالی. فالمفهوم إضافه عنوانیه، و المطابق تاره وجود واجبی، و أخری وجود مطلق غیر محدود، و ثالثه وجود عقلائی أو نفسانی و رابعه مقوله الإضافه. و علیه نقول: نفس معنی الإحاطه لا- یأبی أن یکون مطابقه وجوداً محضاً، کما لا یأبی أن یکون باعتبار کون مطابقه هیئه خاصه حاصله للجسم مندرجاً تحت مقوله الجده. و حیث أنّ هذه الهیئه إذا حصلت فی الخارج قائمه بجسم، فطرفاها- و هما ذات المحیط و المحاط- یکتسبان حیثیه المحیطیه، و حیثیه المحاطیه و هما من مقوله الإضافه. کما أنّ العلم بنفسه- عند المشهور- کیف نفسانی و قیامه بالعالم و تعلقه بالمعلوم- بالذات- یوجب تحیث ذات العالم بحیثیه العالمیه، و ذات المعلوم بحیثیه المعلومیه، و هما من مقوله الإضافه. فالملک یعنی هیئه الإحاطه جده، و المالکیه و المملوکیه مقوله الإضافه. و حیث عرفت- أنّ حیثیه المحیطیه و المحاطیه قائمه بجوهر ذات المحیط و المحاط- تعرف أنّ معروض مقوله الإضافه جوهر، لا- جده حتّی یکون الملک الحقیقی الواقعی جده ذات إضافه. بل إنما تکون الجده ذات إضافه فی قبال مطلق الجده، إذا کانت بنفسها معروضه لمقوله الإضافه، کما إذا لوحظت جده التعمّم بالإضافه إلی جده التقمص، و وجد تفاوتهما بالزیاده و النقص، القائمین بنفس مقوله الجده، کانت نفس معروضه لمقوله الإضافه. فتدبر فانه حقیق به.

و اگر طبق اصطلاح حکمت متعالیه بیان کنیم می گوییم: همان گونه که در ملکیت حقیقی اشراقی، وجود مملوک عین ربط به وجود مالک است و اصل وجود و خصوصیات وجود مملوک مضمحل در وجود مالک است و مالک احاطه ی قیومی بر مملوک دارد یا در ملکیت تکوینی، اعضاء و قوای انسان تعلق وجودی به نفس دارد که عین نفس و مرتبه ای از آن می باشد و از آن تعبیر به «النفس فی وحدتها کل القوی»(۱) می شود که «تتصرف فیها کیف تشاء» در ملک اعتباری نیز عرف چنین آثاری را اعتبار می کند؛ یعنی اعتبار می کند که مملوک به تمام معنا و تمام هویتش متعلق به مالک باشد.

طبق این تعریف اگر چیزی به تمام معنا و تمام هویت متعلق به کسی نباشد، بلکه از حیثی دون حیث دیگر متعلق باشد ملک گفته نمی شود هر چند بتواند به نحوی در آن تقلیب و تقلب کند.

۱- الحکمه المتعالیه فی الاسفار العقلیه الاربعه، ج ۸، ص۲۲۱: ان النفس کل القوی بمعنی أن المدرک بجمیع الإدراکات المنسوبه إلی القوی الإنسانیه هی النفس الناطقه و هی أیضا المحرکه لجمیع التحریکات الصادره عن القوی المحرکه الحیوانیه و النباتیه و الطبیعیه و هذا مطلب شریف و علیه براهین کثیره بعضها من جهه الإدراک و بعضها من جهه التحریک.

هم چنین طبق این تعریف لازم نیست مالک حتماً انسان باشد، بلکه غیر انسان مانند کعبه زادها الله شرفاً مسجد و بعضی عناوین دیگر می تواند مالک باشد و آن در صورتی است که مملوک به تمام معنا و تمام هویت متعلق به آن عنوان (مالک) باشد.

پس خلاصه ی نظر مختار درباره ی ملک این شد که مفهومی اعتباری است که یا مقتبس از دو مقوله ی اضافه و کیف نفسانی قدرت است و یا مقتبس از ملکیت حقیقی یا تکوینی به نحوی که مملوک به تمام معنا و هویت متعلق به مالک بوده و مالک نسبت به آن مطلق العنان می باشد و اگر احیاناً در جایی تحدید و قیدی برای مالک باشد خارج از ذات ملک بوده و عارضی است.

حقیقت حق چیست؟

اشاره

حق در اصل لغت نزدیک به معنای ثبوت(۱) است. در آیه ی شریفه که می فرماید: (حَقَّ عَلَیْهِ کَلِمَهُ الْعَذَابِ)(۲) یعنی ثَبَتَ علیه کلمه العذاب. ولی در اصطلاح فقه و حقوق نمی تواند به معنای ثبوت تکوینی باشد، بلکه مراد ثبوت اعتباری است و این امر واضحی است؛ چون در نظام های حقوقی مختلف است، مثلاً در بعضی نظام های حقوقی حق خیار برای مشتری قرار داده شده و در نظام های حقوقی دیگر قرار داده نشده، پس معلوم می شود چنین حقی اعتباری است و به ید معتبر می باشد و إلا باید در همه جا ثابت باشد.

بعضی مانند محقق نائینی – رحمه الله علیه – در منیه الطالب(۳) فرموده اند که حق دارای دو

۱- لسان العرب، ج ۱۰، ص۴۹: حَقَّ الأَمرُ یَحِقُّ و یَحُقُّ حَقّاً و حُقوقاً: صار حَقّاً و ثَبت و فی التنزیل: (قالَ الَّذِینَ حَقَّ عَلَیْهِمُ الْقَوْلُ)؛ أی ثبت و قوله تعالی: (وَ لکِنْ حَقَّتْ کَلِمَهُ الْعَذابِ عَلَی الْکافِرِینَ)؛ أی وجبت و ثبتت، و کذلک: (لَقَدْ حَقَّ الْقَوْلُ عَلی أَکْثَرِهِمْ)؛ و حَقَّه یَحُقُّه حقّاً و أحَقَّه، کلاهما: أثبته و صار عنده حقّاً لا یشکُّ فیه. • المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، ج۱، ص۱۴۴: الْحَقُّ: خِلَافُ البَاطِلِ و هُوَ مَصْدَرُ (حَقَّ) الشَّی ءُ مِنْ بَابَیْ ضَرَبَ و قَتَلَ إذَا وَجَبَ و ثَبَتَ و لِهَذَا یقَالُ لِمَرَافِقِ الدَّارِ (حُقُوقُهَا) و (حَقَّتِ) الْقِیَامَهُ (تَحُقُّ) مِنْ بَابِ قَتَلَ أَحَاطَتْ بِالْخَلَائِقِ فَهِیَ (حَاقَّهٌ) و مِنْ هُنَا قِیلَ (حَقَّتِ) الْحَاجَهُ إذَا نَزَلَتْ و اشْتَدَّتْ فَهِیَ (حَاقَّهٌ) أَیْضاً و (حَقَقْتُ) الأَمْرَ (أَحُقُّهُ) إذَا تَیَقَّنْتُهُ أَوْجَعَلْتُهُ ثَابتاً لَازِماً.

۲- سوره ی مبارکه ی زمر، آیه ی ۱۹: (أَفَمَنْ حَقَّ عَلَیْهِ کَلِمَهُ الْعَذَابِ أَ فَأَنْتَ تُنْقِذُ مَنْ فِی النَّارِ).

۳- منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، ج ۱، ص۴۱: فإنّ الحق یطلق علی عنوان عام یشمل کلّ ما وضعه الشّارع و جعله فالحکم و العین و المنفعه و الحقّ بالمعنی الأخص داخل تحت هذا العنوان فإن الحق معناه اللّغوی هو الثبوت و حقّ الجار علی الجار و الوالد علی الولد و نحوهما من الأحکام عباره عن ثبوته و هکذا ملکیه العین أو المنفعه من الحقوق و الأمور الثّابته کحق الخیار و حقّ الشّفعه و بعباره أخری إطلاق الحقّ علی العین و المنفعه إطلاق شائع کإطلاقه علی الحکم. نعم الحق بالمعنی الأخص مقابل لذلک کله فإنه عباره عن إضافه ضعیفه حاصله لذی الحقّ و أقواها إضافه مالکیه العین و أوسطها إضافه مالکیّه المنفعه و بتعبیر آخر الحق سلطنه ضعیفه علی المال و السّلطنه علی المنفعه أقوی منها و الأقوی منهما السّلطنه علی العین.

استعمال است که با یکدیگر متفاوت است [یکی حق بالمعنی الأعم است که شامل هرچه که شارع وضع کرده می شود، طبق این معنا عین، منفعت، حکم و حق بالمعنی الأخص تحت این عنوان قرار می گیرد] و دیگری حق بالمعنی الأخص است که همان حق مورد نظر در اصطلاح فقه و حقوق بوده و امری اعتباری است که رابطه ی ویژه ای را بین ذو الحق و حق ثابت می کند. ولی بعداً معلوم خواهد شد که لازم نیست حق همیشه وضعی و اعتباری باشد، بلکه حق نفس الامری هم وجود دارد.

و این که مرحوم امام قدس سره - معتقدند حق مفهوم واحد و ثابتی دارد(۱) و در همه ی موارد به یک معنا استعمال شده، علی القاعده مقصودشان همان حق اعتباری بالمعنی الأخص می باشد، نه این که منکر دوگونه استعمال کلمه ی حق باشند.

معنای اعتباری حق را همه به ارتکاز عرفی خود درک می کنند، ولی در تبیین حقیقت و نحوه ی اعتبار آن بین علماء اختلاف است(۲) و نظرات مختلفی ارائه کرده اند از جمله:

۱- کتاب البیع (للإمام الخمینی)، ج ۱، ص۳۹: لا شبهه فی أنّ الحقّ ماهیّه اعتباریّه عقلائیّه فی بعض الموارد، و شرعیّه فی بعض الموارد، کاعتباریّه الملک، و السلطنه و الولایه، و الحکومه و غیرها، فهو من الأحکام الوضعیّه. کما لا ینبغی الریب فی أنّه ماهیّه واحده و معنی وحدانی فی جمیع الموارد، و لیس له فی کلّ مورد معنی مغایر للآخر. و بعباره اخری: أنّه مشترک معنوی بین مصادیقه کأخواته.

۲- خیلی از مباحث اصول و فقه، در واقع تحلیل و شکافتن ارتکازات عرفیه است، چنان که مباحث ادبیات هم این گونه است؛ مثلاً تمام عرب زبانان ارتکازاً فاعل را رفع و مفعول را نصب می دهند، امّا نمی توانند آن را تحلیل کنند که چرا فاعل مرفوع است. هم چنین است جمع های عرفی نظیر تقدیم ظاهر بر نص، اظهر بر ظاهر، وارد بر مورد، تقدیم عناوین ثانویه بر عناوین اولیه و ... که در ارتکازات عرفیه انجام می شود، ولی نمی توانند آن را تحلیل کنند. با تحلیل درست ارتکازات عرف می توان آن را قانونمند نمود تا در جای مناسب خود به نحو صحیح استعمال کرد بدون این که غفلتی رخ دهد.

نظرات مختلف در معنای حق اعتباری

اشاره

۱. حق به معنای سلطنت است.

۲. حق به معنای ملک ضعیف است.

۳. حق، ملک و سلطنت همه به یک معناست.

۴. حق به معنای حکم است.

۵. حق در موارد مختلف معنای خاص خود را دارد.

۶. حق، اعتباری خاص غیر از ملک، سلطنت و حکم است.

نظریه ی مساوات حق با سلطنت

اشاره

همان طور که بیان کردیم ظاهر عبارت شیخ - رحمه الله علیه - که در قسم دوم حق فرمودند «إن هذا الحق سلطنه فعلیه»(۱) آن است که حق را به سلطنت فعلیه تعریف می کنند؛ یعنی مفهومی اعتباری است که مرادف با سلطنت می باشد و قید فعلیت شاید احتراز از سلطنت شأنیه باشد.

سید یزدی قدس سره - نیز در حاشیه بر مکاسب می فرماید: «الحق نوعٌ من السلطنه»(۲)

۱- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص۹: و أمّا الحقوق، فإن لم تقبل المعاوضه بالمال کحقّ الحضانه ... و کذا لو لم تقبل النقل، کحقّ الشفعه، و حقّ الخیار؛ لأنّ البیع تملیک الغیر ... و السرّ: أنّ هذا الحقّ سلطنه فعلیه لا یعقل قیام طرفیها بشخص واحد، بخلاف الملک، فإنّها نسبه بین المالک و المملوک، و لا یحتاج إلی من یملک علیه حتی یستحیل اتّحاد المالک و المملوک علیه، فافهم.

۲- حاشیه المکاسب (للیزدی)، ج ۱، ص۵۵: أنّ کثیرا ممّا یعدّ من جمله الحقوق یمکن دعوی کونها من باب الحکم الشّرعی الّذی لا مجال فیه لجعله عوضا فی المعامله فلا بدّ من بیان الفرق بینهما أوّلا فنقول أمّا بحسب المفهوم و الحقیقه فالفرق واضح فإنّ الحقّ نوع من السّلطنه علی شیء متعلّق بعین کحقّ التّحجیر و حق الرّهانه و حقّ الغرماء فی ترکه المیّت أو غیرها کحقّ الخیار المتعلّق بالعقد أو علی شخص کحقّ القصاص و حقّ الحضانه و حق القسم و نحو ذلک فهی مرتبه ضعیفه من الملک بل

نوع منه و صاحبه مالك لشى ء يكون أمره إليه كما أنّ فى الملك مالك لشى ء من عين أو منفعه بخلاف الحكم فإنّه مجرّد جعل الرّخصه فى فعل شى ء أو تركه أو الحكم بترتّب أثر على فعل أو ترك مثلا فى حق الخيار.

گرچه ایشان مرتبه ی ضعیفی از ملک نیز قائل است؛ یعنی در حقیقت قول سوم را انتخاب کرده که دو نظریه را با هم جمع کرده است، کما این که محقّق نائینی - رحمه الله علیه - نیز هر دو تعبیر را دارد: «الحق سلطنه ضعیفه علی الشیء» و «مرتبه ضعیفه من الملک».(۱)

به هر حال معروف بین فقهاء همان گونه که محقّق اصفهانی قدس سره - فرمودند(۲) این است که حق، سلطنت است.

اشکال آخوند قدس سره – بر این نظریه

مرحوم آخوند - رحمه الله علیه - در حاشیه ی موجز و دقیق شان بر مکاسب، ذیل این عبارت مرحوم شیخ - رحمه الله علیه - که «الحق سلطنه فعلیه» می فرماید: حقیقت و هویت حق، سلطنت نیست، بلکه سلطنت از آثار حق است و ذو الحق سلطنت بر حق دارد، کما این که

۱- المکاسب و البیع (للمیرزا النائینی)، ج ۱، ص۹۲: الکلام یقع تاره فی تعیین الحق و تمییزه عن الحکم، و اخری فی جواز وقوعه ثمنا (أما الأول) فالکلام فیه أیضا تاره فی بیان حقیقه الحق ثبوتا، و اخری فی بیان المائز بینه و بین الحکم فی مرحله الإثبات (أما المقام الأول) فالحق هو السلطنه علی الشی ء و مرتبه ضعیفه من الملکیه قائمه بمن له الحق و من علیه و قد کان بعض الأساطین یعبّر عنه ب (ملکیه نارسیده).

۲- حاشیه کتاب المکاسب (للأصفهانی، ط - الحدیثه)، ج ۱، ص۲۰: و تفاوت الملک و الحق فی ترتب الآثار کلا و بعضا لا یقتضی التفاوت فی المفهوم و المعنی، بل ذلک من ناحیه تعلق الملک تاره بالعین، و أخری بالمنفعه، و ثالثه بالانتفاع، و رابعه بالفسخ و نحوه ... نعم لا یمکن الالتزام بأنّه بمعنی الملک کلیا، إذ من موارده حق الاختصاص بالخمر و حق الأولویه فی الأرض المحجره، فإنّه لا معنی لملک الخمر، کما لا معنی لملک الأرض قبل الأحیاء، فیعلم منه أنّ الحق إمّا لیس بمعنی الملک کلیه، أو فی خصوص هذه الموارد، کما أنّ کون الحق بمعنی السلطنه کما هو المعروف لا مانع منه.

در ملک نیز مالک سلطنت بر مملوک دارد، ولی سلطنت از آثار ملک است؛ نه حقیقت آن. پس همان طور که حقیقت ملک سلطنت نیست و سلطنت از آثار ملک است، حقیقت حق نیز سلطنت نیست بلکه سلطنت از آثار حق است.(۱)

اشکال مرحوم امام قدس سره – بر این نظریه

حضرت امام قدس سره – در ردّ نظریه ی سلطنت بودن حق می فرمایند(۲): از آن جا که در

۱– حاشیه المکاسب (للآخوند)، ص۴: لا یخفی ان الحق بنفسه لیس سلطنه، و انما کانت السلطنه من آثاره، کما انّها من آثار الملک، و انّما هو کما أشرنا إلیه، اعتبار خاص، له آثار مخصوصه، منها السلطنه علی الفسخ، کما فی حقّ الخیار، أو التملّک بالعوض، کما فی حقّ الشّفعه، أو بلا عوض، کما فی حقّ التحجیر، الی غیر ذلک. و هی لا یقتضی ان یکون هناک من یتسلّط علیه، و الّما کانت من آثار الملک أیضا، و ان لم یکن نفسه، فیلزم فی بیع الدّین، إمّا محذور تسلّط الشّخص علی نفسه، و إمّا التفکیک بین الملک و أثره، مع انّ ذلک انّما یلزم فی بیع الحقّ، ممّن کان علیه، لا من غیره، و قد عرفت انه أجنبیّ عمّا هو بصدده، کما یظهر من صدر کلامه و ذیله.

۲– کتاب البیع (للإمام الخمینی)، ج ۱، ص۴۰: فإذا صحّ ما ذکرناه من وحدانیّه حقیقته- کما هو کذلک عرفاً و لغه و تبادراً – فالتحقیق أنّه غیر الملک و السلطنه. و الشاهد علیه: مضافاً إلی فهم العرف و ارتکاز العقلاء صدقه فی موارد لا یعتبر فیها الملک و لا السلطنه، فلو سبق إلی مکان فی المسجد و الأراضی المتّسعه من الأملاک و الموقوفات، فلا شبهه فی أنّه لا یملک المکان المسبوق إلیه بوجه من الوجوه؛ لا ملکاً ضعیفاً، و لا شدیداً، لو سلّم تصوّر الشدّه و الضعف فی الملک، مع أنّ المعروف أنّه أحقّ به من غیره، و یتعلّق به حقّ له علی المکان. و توهّم: مالکیّته للتمکّن فیه، کلام شعری لا ینبغی الإصغاء إلیه، و مخالف لاعتبار العقلاء. و لو حفر نهراً و أوصله إلی الشطّ، فما لم یدخل الماء فی نهره لا یکون مالکاً للماء بلا شبهه بوجه من الوجوه، و لکن یمکن أن یقال: إنّ له حقّ الحیازه، و فی مورد التحجیر یثبت حقّ علی الأرض، و لا تصیر ملکاً له بلا ریب. و من أمثال ما ذکر یظهر: أنّ اعتباره غیر اعتبار الملک، و لا یکون مساوقاً له، و لا أخصّ منه. کما أنّ تخلّفه عن السلطنه أحیاناً دلیل علی عدم مساوقته لها، و لا أخصیّته منها، فإذا انتقل حقّ التحجیر و الاستحلاف و القذف و غیرها إلی الصغیر، أو کانت تلک الحقوق للمحجور علیه بسفه و غیره، فلا شبهه فی اعتبار الحقّ لهم کاعتبار الملک، کما لا شبهه فی عدم اعتبار السلطنه لهم حتّی لدی العقلاء بالنسبه إلی بعضهم، کالصغیر غیر الممیّز و المجنون، فالسلطنه فیها لولیّه القانونی العرفی أو الشرعی. و ما قد یقال من أنّ سلطنتهم سلطنه القاصر لیس بشیء؛ لأنّ القاصر مسلوب السلطنه لا مفوّضها، و للوصی، و القیّم، و الجدّ، و الأب، و الحاکم، سلطنه مستقلّه علیه و علیها، و لیس حالهم حال الوکیل، و هو واضح. و ربّما تعتبر السلطنه فی بعض الموارد، و لا یعتبر الحقّ و لا الملک، کسلطنه الناس علی نفوسهم؛ فإنّها عقلائیّه، فکما أنّ الإنسان مسلّط علی أمواله، مسلّط علی نفسه، فله التصرّف فیها بأیّ نحو شاء، لولا المنع القانونی لدی العقلاء، و الشرعی لدی المتشرّعه.

مواردی حق از سلطنت تخلف پیدا می کند یعنی حق صادق است ولی سلطنت صادق نیست معلوم می شود حق و سلطنت مساوق هم نیستند؛ چه رسد به این که ترادف داشته باشند و حتی رابطه ی آن دو، عموم و خصوص مطلق هم نیست تا هر جا حق صادق بود سلطنت هم صادق باشد. به عنوان مثال در جایی که حقوقی مانند حق تحجیر، حق استحلاف، حق قذف و ... به صغیر ارث می رسد، صغیر ذو الحق می شود در حالی که سلطنت بر آن ندارد، لذا نمی تواند آن را بفروشد، اسقاط کند یا مصالحه کند، بلکه سلطنت برای ولیّ یا وصی است. یا در مواردی که ذو الحق، مجنون یا به هر دلیلی محجورٌ علیه بود، سلطنت بر استیفای حق خود ندارد و سلطنت برای ولیّ اوست. پس معلوم می شود حق از سلطنت افتراق دارد.

إن قلت: صغیر و محجورٌ علیه سلطنت دارند هر چند قاصرند از این که بالمباشره استیفاء کنند و ولیّ از طرف آنان استیفاء می کند.

قلت: قاصر دارای سلطنت نیست؛ چون مسلوب السلطنه است؛ نه مفوّض السلطنه؛ یعنی سلطنت از قاصر سلب شده و به ولیّ او داده شده است؛ زیرا سلطنت به معنای قدرت بر تصرف است که امرش دائر بین وجود و عدم است. معنا ندارد بگوییم سلطنت (سلطنت فعلیه) دارد امّا نمی تواند تصرّف کند؛ چون تناقض است. سلطنت ولی و وصی هم سلطنت مستقل است و مانند وکالت نیست که بگوییم از جانب صغیر و محجورٌ علیه اعمال سلطنت می کند.

پاسخ به دو اشکال مذکور، در کلام محقق اصفهانی – رحمه الله علیه –

پاسخ اشکال مرحوم آخوند و حضرت امام قدس سرهم – در کلام محقق اصفهانی – رحمه الله علیه – در حاشیه ی مکاسب(۱) وجود دارد و آن این که مراد از سلطنت در این جا سلطنت اعتباری است؛ نه إعمال سلطنت خارجاً و تصرف عملی. بنابراین اشکال مرحوم آخوند – رحمه الله علیه – که سلطنت و قدرت بر تقلیب و تقلب و تصرف از آثار حق و ملک است؛ نه حقیقت آن، وارد نیست؛ چون مراد قائلین به سلطنت، إعمال سلطنت خارجاً نیست، بلکه سلطنت اعتباری است که بر خلاف سلطنت خارجی نمی تواند از آثار حق باشد؛ زیرا علاوه بر اعتبار اصل حق، اعتبار دیگری به نام سلطنت در آثار حق وجود ندارد.

هم چنین نقض مرحوم امام قدس سره – به حق صغیر و محجورٌ علیه که مسلوب السلطنه هستند نیز وارد نیست؛ زیرا صغیر و محجورٌ علیه نسبت به إعمال سلطنت خارجاً و تصرف عملی مسلوب هستند، امّا سلطنت اعتباری چه مشکلی دارد برای صغیر و محجورٌ علیه قائل شویم؟! نتیجه ی چنین اعتباری آن است که ولی می تواند آن را برای صغیر و محجورٌ علیه إعمال کند یا اگر مصلحت باشد اسقاط کند یا معامله کند و ... و الا اگر سلطنت اعتباری نداشته باشد ولیّ نیز نمی تواند استیفاء کند، پس معلوم می شود همان سلطنت صغیر و محجورٌ علیه را إعمال می کند.

۱– حاشیه کتاب المکاسب (للأصفهانی، ط – الحدیثه)، ج ۱، ص۲۰: و دعوی: أنّ السلطنه من أحکام الملک و الحق لا نفسهما کما عن شیخنا الأستاذ إنّما یتجه إذا أرید منها السلطنه التکلیفیه المساوقه لجواز التصرف، لا ما إذا أرید اعتبارها کاعتبار الملکیه، فإنّها کالملک یترتب علیها طبعا جواز التصرف شرعا بل ربّما یکون فی بعض أفراده منصوصا، کما فی حق القصاص حیث قال تعالی فَقَدْ جَعَلْنا لِوَلِيِّهِ سُلْطاناً فالحق المجعول للولی هو نفس سلطانه شرعا لا أمر آخر یترتب علیه السلطنه التکلیفیه المساوقه لجواز القصاص فی قبال حرمته، فضلا عن کونه عین السلطنه التکلیفه التی لا إسقاط لها، و لا قابلیه الصلح عنها بشی ء.

این جواب به نظر ما نیز تمام است و اشکال مرحوم آخوند و حضرت امام قدس سرهما - را دفع می کند.

اشکال دوم مرحوم امام قدس سره – بر نظریه ی مساوات حق با سلطنت

اشکال دیگری که مرحوم امام قدس سره - ابتدا به عنوان مؤید افتراق حق از سلطنت بیان می کنند سپس ترقی کرده می فرمایند: «بل یدل علیه»(۱) این است که در برخی مواردِ اطلاق حق؛ مانند حق والد، حق جار، حق رَحِم، حق طفل، حق معلّم، حق

۱- کتاب البیع (للإمام الخمینی)، ج ۱، ص۴۳: فتحصّل ممّا ذکر: أنّ الحق لیس ملکاً، و لا مرتبه منه، و لا سلطنه، و لا مرتبه منها؛ أی لا یکون عینهما، و لا أخصّ منهما، و إلّا لما تخلّف عنهما. و یؤیّد المدّعی بل یدلّ علیه: أنّ الملک فی جمیع الموارد إضافه بین المالک و المملوک، حتّی فی مالکیّه شیء فی ذمّه الغیر؛ لأنّ الملکیّه متقوّمه بالإضافه الحاصله المذکوره، و تکون ذمّه المدیون کمحفظه للمال، لا دخاله لها فی اعتبار الملکیّه. و إن شئت قلت: حال الذمّه حال الخارج بالنسبه إلی الأعیان الخارجیّه المملوکه، فکما أنّ الخارج ظرف للمملوک من غیر دخاله له فی اعتبار الملکیّه، کذلک الذمّه. و أمّا الحقّ، فکثیراً ما یعتبر بین ذی الحقّ و منْ علیه الحقّ، ففی حقّ الاستحلاف یکون للمدّعی حقّ علی المدّعی علیه لأن یستحلفه، فیکون الاستحلاف مورد الحقّ، و المدعی صاحبه، و المنکر من علیه الحقّ، و إذا حلف المنکر أدّی ما علیه، و لیس فی شیء من الموارد حال الملک کذلک، حتّی فی ملکیّه ما فی الذمّه کما عرفت. و ما یری من اعتبار «علیه» فی الذمم، فإنّما هو باعتبار الدین لا الملک؛ إذ الدین له إضافه إلی الدائن و إلی المدیون، فیکون فیه اعتبار «له» و «علیه» دون الملک؛ فإنّ اعتبار «علیه» لیس فی شیء من موارده دخیلًا فی اعتباره. و یؤیّده أیضاً: أنّه یعتبر فی الحقّ أحیاناً الأداء کالدین، دون الملک؛ لأنّ الحقّ کالدین یعتبر فی بعض الموارد علی الغیر، فیصحّ فیه الأداء، و یصدق علیه، و أمّا الملک فلا تعتبر فیه العهده، و لا یصحّ فیه الأداء و التأدیه، کما لا یصحّ ذلک الاعتبار فی السلطنه، فلا یقال: «أدّی سلطنته أو سلطانه» کما یقال: «أدّی حقه». ثمّ إنّ الظاهر أنّ الحقّ فی مثل استحقاق العقوبه فی العاصی، و استحقاق الثواب فی المطیع، بل و حقّ الجار علی الجار فی الجمله و أنحائها، من هذا القبیل فیکون للّه تعالی حقّ علی العاصی أن یعاقبه، و للمطیع - علی ما قالوا حقّ علی اللّه تعالی أن یثیبه، مع عدم اعتبار الملکیّه و السلطنه فی نحو الأخیر بالضروره.

دانش آموز و ... نمی توان حق را به سلطنت معنا کرد حتی سلطنت اعتباری چون نمی توان گفت طفل سلطنت بر أب دارد، دانش آموز سلطنت بر معلم دارد، همسایه سلطنت بر همسایه دارد و ... چون ذو الحق تسلطی ندارد و اگر قرار است در این موارد عملی انجام گیرد در حقیقت «من علیه الحق» باید انجام دهد؛ نه «من له الحق» مثلاً در حق ولد؛ یعنی ولد حق دارد که والد او را خوب تربیت کند، در حق معلم؛ یعنی معلم حق دارد دانش آموز او را تکریم کند، در حق رَحِم؛ یعنی رحم حق دارد منسوبین او را مورد صله قرار دهند و ... . پس در این موارد «من علیه الحق» باید عملی را انجام دهد و اگر احیاناً «من له الحق» باید کاری انجام دهد آن تبعی است و این چنین نیست که معنای سلطنت در حاقّ آن وجود داشته باشد.

پس معلوم می شود حق و سلطنت دو اعتبار جداگانه است و حق مرادف با سلطنت نیست.

إن قلت: در موارد مذکور مراد از حق، حق اعتباری نیست و معنایی غیر از معنای مورد نظر در بحث فقه و حقوق دارد و یا مجازاً بر آن حق اطلاق شده است، لذا نمی تواند شاهد بر افتراق حق از سلطنت باشد.(۱)

قلت: کلّیت این ادعا قابل پذیرش نیست؛ چون وجدانی است که در بسیاری از موارد مذکور، حق مفهومی متفاوت از مثل حق شفعه، حق حضانت، حق خیار و ... ندارد و همان طور که مرحوم امام قدس سره - فرمودند کلمه ی حق مشترک معنوی

۱- منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، ج ۱، ص۴۲: إطلاق الحقّ علی ما ذکره من الأمثله مثل إطلاق الحقّ علی سائر الأحکام کحقّ المؤمن علی المؤمن و حق الجار علی الجار فإنّ الأبوّه و الولایه و نحوهما من الأمثله لیس لعلاقه حاصله للأب و الحاکم إذ لم یجعل للولی إضافه أثرها السّلطنه علی المولی علیه أو علی ماله فلا یکون من مقوله الجده بل من الأحکام الشّرعیه کما هو قدس سره أیضا یحتمل هذا المعنی حیث قال و یمکن أن یقال إنّها أو جمله منها من الأحکام لا من الحقوق.

است و در همه جا به یک معنا استعمال می شود و اگر این کلام مرحوم امام – رحمه الله علیه – به نحو موجبه ی کلّیه درست نباشد حداقل در اکثر موارد این چنین است و این آیت آن است که اعتبار حق، عین اعتبار سلطنت نیست.

اشکال سوم مرحوم امام قدس سره – بر این نظریه

شاهد دیگری که مرحوم امام قدس سره – بر افتراق حق از سلطنت ذکر می فرماید(۱) و شاید نظرشان این باشد که دلالت نیز دارد آن است که در مورد حق، حداقل در برخی موارد می توان تعبیر کرد «فلانٌ أدّی حق فلانٍ» در حالی که نمی توان به جای آن «سلطنت» گذاشت و گفت «فلانٌ أدّی سلطنه فلانٍ».

و اگر گفته شود این که در مورد حق می توان چنین تعبیر کرد به خاطر آن است که در کلمه ی حق معنای اضافه به «من علیه الحق» إشراب شده به خلاف سلطنت، می گوییم: در سلطنت نیز اضافه به «مسلّطٌ علیه» لحاظ شده، پس از این جهت تفاوتی با هم ندارند.

این دو اشکال مرحوم امام – رحمه الله علیه – به نظر می آید وارد باشد و کافی است در این که بگوییم حق مرادف با سلطنت نیست و اعتبار حق با اعتبار سلطنت متفاوت است.

نظریه ی مساوات حق با ملک ضعیف

اشاره

برخی مانند سیّد یزدی قدس سره -(۲)، محقّق نائینی – رحمه الله علیه – (۳) و ثلّه من الأعلام(۴) حق را به ملک

۱- کتاب البیع (للإمام الخمینی)، ج ۱، ص۴۴: و یؤیّده أیضاً: أنّه یعتبر فی الحقّ أحیاناً الأداء کالدین، دون الملک؛ لأنّ الحقّ کالدین یعتبر فی بعض الموارد علی الغیر، فیصحّ فیه الأداء، و یصدق علیه، و أمّا الملک فلا تعتبر فیه العهده، و لا یصحّ فیه الأداء و التأدیه، کما لا یصحّ ذلک الاعتبار فی السلطنه، فلا یقال: «أدّی سلطنته أو سلطانه» کما یقال: «أدّی حقه».
۲- حاشیه المکاسب (للیزدی)، ج ۱، ص۵۵: أنّ کثیرا ممّا یعدّ من جمله الحقوق یمکن دعوی کونها من باب الحکم الشّرعی الّذی لا مجال فیه لجعله عوضا فی المعامله فلا بدّ من بیان الفرق بینهما أوّلا فنقول أمّا بحسب المفهوم و الحقیقه فالفرق واضح فإنّ الحقّ نوع من السّلطنه علی شی ء متعلّق بعین کحقّ التّحجیر و حق الرّهانه و حقّ الغرماء فی ترکه المیّت أو غیرها کحقّ الخیار المتعلّق بالعقد أو علی شخص کحقّ القصاص و حقّ الحضانه و حق القسم و نحو ذلک فهی مرتبه ضعیفه من الملک بل نوع منه و صاحبه مالک لشی ء یکون أمره إلیه کما أنّ فی الملک مالک لشی ء من عین أو منفعه بخلاف الحکم فإنّه مجرّد جعل الرّخصه فی فعل شی ء أو ترکه أو الحکم بترتّب أثر علی فعل أو ترک مثلا فی حق الخیار.

۳- المکاسب و البیع (للمیرزا النائینی)، ج ۱، ص۹۲: الکلام یقع تاره فی تعیین الحق و تمییزه عن الحکم، و اخری فی جواز وقوعه ثمنا (أما الأول) فالکلام فیه أیضا تاره فی بیان حقیقه الحق ثبوتا، و اخری فی بیان المائز بینه و بین الحکم فی مرحله الإثبات (أما المقام الأول) فالحق هو السلطنه علی الشی ء و مرتبه ضعیفه من الملکیه قائمه بمن له الحق و من علیه و قد کان بعض الأساطین یعبّر عنه ب (ملکیه نارسیده).

۴- نهج الفقاهه (للسید الحکیم)، ص۶: الحق فی اللغه و العرف الأمر الثابت فی قبال الباطل غیر الثابت و فی الاصطلاح الحقیه عباره عن نوع من الملکیه التی هی نوع خاص من الإضافه بین المالک و المملوک و الاعتبار الخاص بینهما الذی هو معنی لام الملک فی مثل قولک الفرس لزید، فان اللام حاکیه عن اضافه بین زید و الفرس علی نحو خاص یری فیه الفرس من توابع زید و شؤونه و لواحقه یعبر عنها بملکیه زید للفرس، فإذا باع زید الفرس علی عمرو صار الفرس ملکا لعمر و کانت الإضافه المذکوره بین الفرس و عمرو بعد ما لم تکن، کما انها حینئذ لا تکون بین الفرس و زید بعد ما کانت و اما إضافه الحقیه فهی نوع من الإضافه المذکوره تختلف معها باختصاصها بمورد خاص.

ضعیف معنا کرده اند؛ یعنی حق مرتبه ی ضعیفی از ملک است. طبق این نظریه، ملک مفهومی کشش دار و مشکّک است که قابلیت اشتداد و تضعّف دارد. از مرتبه ی بالای آن تعبیر به ملک و از مرتبه ی پایین آن تعبیر به حق می شود.

اشکال محقّق اصفهانی – رحمه الله علیه – بر این نظریه

محقّق اصفهانی قدس سره -(۱) طبق مبنای خود که ملکیّت را مقتبس از مقوله ی اضافه

۱- این فیلسوفِ فقیهِ اصولی گرچه معروف به اصفهانی است، ولی اصالتاً نخجوانی است، جدّ ایشان بعد از قرارداد ننگین ترکمن چای و سخت شدن زندگی برای مسلمانان در نخجوان، به اصفهان رهسپار شد و در آن جا رحل اقامت افکند و بعد از مدتی اولاد ایشان به کاظمین رفتند که جناب محقق در آن جا متولد شدند و بعد از مدتی برای تحصیل به نجف اشرف عازم و مفتخر به غروی گردیدند. این محقق بزرگ همان طور که در علم و تحقیق أعجوبه بودند در عبادت و تهجّد نیز سرآمد بودند. والد و استاد معظم ما حضرت آیت الله سید جواد مدرسی یزدی قدس سره - از یکی از بزرگان نجف نقل می کردند که ایشان هر روز به زیارت امیرالمؤمنین علیه السلام - مشرف می شدند و زیارت عاشورا را با صد لعن و صد سلام می خواندند. رضوان الهی بر ایشان باد!

می داند می فرماید(۱): حق نمی تواند مرتبه ی ضعیف ملک باشد؛ زیرا مقوله ی اضافه

۱- رساله فی تحقیق الحق و الحکم، ص۴۳: ربّما یقال: أنّ الحق مرتبه ضعیفه من الملک و أول مراتبه، فعدم کون الخمر أو الأرض ملکا- یراد به کسائر الأملاک، لا الملک بهذه المرتبه الضعیفه. و فیه: أنّ حقیقه الملک سواء کانت من مقوله الإضافه أو مقوله الجده لیس لها مراتب مختلفه بالشده و الضعف، حتی یکون اعتبارها فی مواردها مختلفا باعتبار مرتبه قویه تاره، و اعتبار مرتبه ضعیفه أخری. بیانه: أنّ مقوله الإضافه کما حقق فی محله لیس لها وجود استقلالی، بل تابعه للمقوله التی تعرضها الإضافه، فإن کانت من مقوله تختلف بالشده و الضعف- کالکیف مثلا- فلا محاله تتصف مقوله الإضافه بهما تبعا، فالحراره قابله للشده و الضعف فتتصف مقوله الإضافه بالأحرّ و هکذا، و إن کانت من مقوله لا تجری فیها الشده و الضعف فلا تتصف مقوله الإضافه بهما- کمقوله الجوهر مثلا- فإنّ زیدا المحیط علی عین فی الخارج لیس له و لا- لتلک العین شده و ضعف، حتی تتصف الإحاطه بهما بالعرض. و أمّا مقوله الجده فهی لا تتصف فی نفسها بالشده و الضعف، بل تتصف بالزیاده و النقص، فإنّ الهیئه الحاصله للرأس من العمامه أنقص من الهیئه الحاصله للبدن من القمیص، فإنّ الثانی أزید إحاطه من الأول، لسعه المحیط و المحاط فی الثانی دون الأول، و اللازم هنا هو التفاوت بالشده و الضعف، فان شخص هذا المانع لم تتفاوت جدته باعتباره ملکا أو اعتباره حقا، فلا معنی لدعوی تفاوت مراتب الملک شده و ضعفا، و أمّا زیاده و نقصا فهو أجنبی عما نحن فیه، ضروره أنّ المالک للعین و المنفعه أزید ملکا ممن یملک أحدهما، فتبیّن أنّ جعل الحق بمعنی الملک لا- وجه له، و دعوی اختلافه بالمراتب فاسده. • حاشیه کتاب المکاسب (للأصفهانی، ط - الحدیثه)، ج ۱، ص۱۹: نعم ربّما یقال: بأنّه مرتبه من الملک، نظرا إلی عدم ترتب جمیع آثار الملک علیه، و قد بینا فی محله أنّ الملکیه بأی معنی مقولی کانت لیس لها تفاوت بالشده و الضعف، حتی یصح فی مقام اعتبار ذلک المعنی المقولی اعتبار شدیده تاره، و اعتبار ضعیفه أخری.

بالـذات قـابلیت اشـتداد و تضـعّف نـدارد؛ چون اضافه دائر بین وجود و عـدم است؛ مثلاً در مورد أبوّت و بنوّت که از مقوله ی اضافه است نمی توان گفت أبوّت زید أشد از ابوّت عمرو است، یا بنوّت خالد أشد از بنوّت بکر است.

بله، مقوله ی اضـافه بـالعرض و به تبع معروضـش می توانـد متّصف به اشـتداد و تضـعّف شود؛ چون مقوله ی اضـافه احتیاج به معروض دارد و اگر معروض آن، خود عرضـی باشـد که قابلیت اشـتداد و تضـعف داشـته باشـد مانند حرارت، برودت، غضب، علم و ... به تبع آن، مقوله ی اضافه هم می تواند متّصف به اشـتداد و تضعّف شود؛ مثلاً احرّیت که اضافه است، به تبع حرارت که معروض آن است اشتداد می پذیرد و گفته می شود هذا الماء أحرّ من ذاک الماء.

امّا «ملـک» از آن جـا که معروضـش جوهر است مثل زیـدٌ مالک الکتاب که معروضـش دو جوهر زیـد و کتاب است و جوهر قابلیت اشتداد ندارد، پس ملک نمی تواند حتی بالعرض متصف به اشتداد و تضعف شود، لذا دارای مراتب نیست تا گفته شود حق مرتبه ی ضـعیف ملک است.(۱) بنابراین نظریه ی سـید یزدی و محقق نائینی قدس سـرهما - و تمام کسانی که قائلند حق، مرتبه ی ضعیف ملک است درست نمی باشد.

نقد اشکال محقق اصفهانی قدس سره -

در نقد کلام محقق اصفهانی قدس سره - می گوییم:

اوّلاً: همان طور که قبلاً توضـیح دادیم ملک مقتبس از مقوله ی اضافه نیست. صـرف این که مفهومی ذات اضافه است دلیل بر این نیست که مبدأ آن نیز از مقوله ی اضافه باشد؛ زیرا ممکن است مفهومی اضافه باشد، ولی مبدأ آن از

۱- آیا ملک نمی توانـد به غیر عین که عرَضِ قابل اشـتداد و تضـعف باشـد تعلق گیرد؟ آیا نمی توانـد کسـی مالک حرارت و برودت باشد؟! (امیرخانی)

مقوله ی اضـافه نباشـد؛ مثلاًـ «عـالم»، «معلوم» و «عالميت» مفهومی اضافی است عالميت مضاف حقيقی است و عالم و معلوم به اصطلاح مضاف مشهوری(۱) است

۱- الجوهر النضيد، ص۲۸: المضاف من الأجناس العاليه و فيه مباحث: أحدها فی رسـمه و هو الذی يعقل بالقياس إلی غيره و لا وجود له سوی ذلـک و تحقيق هـذا الرسم أن من الماهيـات مـا يسـتقل بـالمعقوليه من غير حاجه إلی غيره يقاس إليه و منه ما لا يعقل إلا بالقياس إلی غيره. و الثانی هو المضاف و هو قسمان حقيقی و مشهوری و ذلک لأنه إذا عقل بالقياس إلی غيره فإما أن يكون له وجود خـاص سوی ذلک و هو المضاف المشـهوری كالأب و الابن فإن للأب وجودا مغاير المعقوليه بالقياس إلی غيره و إمـا أن لاـ يكون له وجود سوی معقوليته بالقيـاس إلی غيره و هو المضاف الحقيقی كالأبوه و البنوه و هو المراد هاهنا. و ثانيها اختلف الناس فی وجود الإضافه فأثبته جماعه لأن فوقيه السـماء ليس أمرا تقـديريا لا غير بل هو أمر متحقق ثابت خارج الذهن و هو غير السماء و غير العدم الصرف فهو ثابت. و أنكره جماعه و استدلوا بأن الإضافه لو كانت موجوده و هی عرض لافتقرت إلی المحل و يكون حلولها فی ذلک المحل إضافه أخری و يلزم التسـلسل. أجاب الشـيخ عنه بأن من المضاف ما هو مضاف بذاته و منه ما هو مضاف باعتبار غيره و هـذا الأخير يرجع إلی الأول و ينقطع التسـلسل و ذلک لأن الأبوه مثلا مضافه لـذاتها إلی الابن و حلولهـا مضـاف لـذاته إلی المحـل فـانقطع التسـلسل. هـذا خلاصه ما ذكره الشـيخ و هو غير واف بالمطلوب؛ لأن السائل لم يلزم التسـلسل باعتبـار أن المضـاف دائمـا إنمـا يكون مضافـا بإضـافه مغـايره له و إنمـا ألزم التسـلسل من حيث إن الإضـافه إذا كانت موجوده كانت عرضا فتكون حاله فی محله و تكون هناک إضافتان إحـداهما الأبوه و ثانيهما الحلول و كل واحـد منهما مضاف لـذاته إلی غيره لكن الحلـول من حيث إنه عرض موجـود يفتقر إلی محـل فيكون حلوله فی ذلـک المحـل إضـافه أخری و يلزم التسـلسل و كلام الشـيخ يصـلح جوابا علی تقـدير إيراد السؤال علی الوجه الأول إما علی هذا الوجه فلا. و ثالثها اعلم أن الإضافه قد تعرض لجميع المقولات أما الجوهر فكالأب و الابن مثلا و أما الكم فكالأعظم و الأصـغر و أما الكيف فكالأسـخن و الأبرد و أما المضاف فكالأبعـد و الأقرب و أما الأين فكالأعلی و الأسـفل و أما المتی فكالأقـدم و الأحدث و أما الوضع فكالأنصب و أما الملـک فكالأكسـی و أمـا الفعـل فكالأقطع و أما الانفعال فكالأشـد تسـخنا. • شـرح المصـطلحات الفلسـفيه، ص۳۷۱: المضاف الحقيقی هو نفس الإضـافه- كالأـبوّه- مـأخوذه مجرّده عن الـذّات الّتی يعرض لهـا. (إيضـاح المقاصـد من حكمه عين القواعـد/ ۲۱۲) المضـاف يطلق بالاـشتراک علی نفس الإضـافه، أی الأـمر النّسبی العـارض و هو المضـاف الحقيقی. (مطالع الأنظار/ ۱۰۷) الأبوّه هی المعقوله بالقياس إلی الغير، و لا حقيقه لها إلّا ذلک، أی ليس حقيقتها سوی أنّها نسبه معقوله بالقياس إلی نسبه أخری معقوله بالقيـاس إلی الأولی، و حاصـلها النّسبه المتكرّره، و هی الإضافه الّتی تعـدّ من المعقولات و تسـمّی مضافا حقيقيّا. (شـرح المواقف/ ۳۴۶) المضـاف المطلق مـاهيّته تكون معقوله بالقيـاس إلی غيره. (تعليقه علی الشّـفاء لصـدر الـدّين/ ۴۶۲)- الإضافه، المضاف المشهوری. المضاف المشهوری هو الماهيّه الّتی عرضت لها الإضافه مأخوذه مع الإضافه، كالأب. (إيضاح المقاصد من حكمه عين القواعد/ ۲۱۲) يقـال الإضـافه علی الأمر النّسبی العارض، و هو المضاف الحقيقی. و علی معروض الإضافه وحـده، و ليس غرضنا متعلّقا به. و علی المجموع الحاصل من الإضافه و المعروض الّذی تعرض له الإضافه، و هو المضاف المشهوری.

ولی مبدأ آن که «علم» باشد تقریباً همه ی قدمای از فلاسفه به جز فخر رازی[(۱)]

۱- نسبت این که فخر رازی قائل است علم از مقوله ی اضافه است مشکل است؛ زیرا بالصراحه رد می کند مجرد اضافه باشد، بلکه می گوید کیفیت ذات اضافه است. گرچه جناب ملاصدرا نیز این نسبت را به ایشان می دهد که علم را مجرد اضافه بین عالم و معلوم می داند، ولی شاید مرادشان این نیست که فخر رازی علم را از مقوله ی اضافه می داند نه کیف نفسانی، بلکه درباره ی چگونگی این کیف نفسانی می گوید مجرد اضافه بین عالم و معلوم است. (امیرخانی) •المباحث المشرقیه فی علم الالهیات و الطبیعیات، ج ۱، ص۳۲۴: (التعقل) لا یخلو اما ان یکون امرا عدمیا او یکون امرا ثبوتیا و ان کان ثبوتیا فاما ان یکون کیفیه عاریه عن الاضافه او کیفیه مع الاضافه او نفس الاضافه فهذه اقسام اربعه* (و قد اضطرب کلام الشیخ) فی حقیقه العلم غایه الاضطراب فتاره یجعله امرا عدمیا ... و تاره یجعله عباره عن الصور المرتسمه فی الجوهر العاقل المطابقه لماهیه المعقول ... و تاره یجعله عباره عن کیفیه ذات اضافه الی الشیء الخارجی و ذلک عند ما یبین ان العلم داخل فی مقوله الکیف بالذات و فی مقوله المضاف بالعرض (و ایضا) عند ما یبین ان تغیر المعلوم یوجب تغیر العلم الذی هو کیفیه ذات اضافه ... (فلنرجع) الی عقولنا و لنجتهد فی طلب الحق (فنقول): اما القسم الأول و هو ان التعقل لیس امرا سلبیا فذلک ظاهر من حیث انه لو جعل سلبیا لما کان ای سلب اتفق هو العلم بل سلب ما یقابله و هو الجهل فلا یخلو اما ان یکون عباره عن عدم الجهل البسیط الذی هو عباره عن عدم العلم فیکون العلم عباره عن عدم عدم العلم فیکون امرا ثبوتیا و اما ان یکون عباره عن سلب الجهل المرکب لکن لا یلزم من سلب الجهل المرکب حصول العلم لاحتمال خلو المحل عنهما ... فثبت بهذا ان التعقل بهذا لا یمکن ان یکون عباره عن سلب الماده او عن سلب شیء آخر. (و اما القسم الثانی) و هو ان یکون عباره عن حضور صوره المعقول عند العاقل فقد ابطلناه ... (و اما القسم الثالث) و هو ان یکون العلم حاله اضافیه من غیر ان یکون هناک امر آخر فذلک باطل ایضا لما بینا ان الاضافات لا تتحصل الا عند وجود المضافات و نحن قد ندرک ما لا وجود له فی الاعیان. (و اما القسم الرابع) فهو متعین لان یکون هو الحق و ذلک لان العلم عباره عن کیفیه ذات اضافه. • المباحث المشرقیه فی علم الالهیات و الطبیعیات، ج ۱، ص۳۴۱: فقد اقمنا البرهان علی ان التعقل حاله اضافیه و ذلک یوجب کونها مغایره للذات (نعم القوم لما اعتقدوا) ان التعقل هو مجرد الحضور ثم عرفوا انه لا یمکن ان یحضر عند الذات منها صوره اخری زعموا ان وجود تلک الذات هو العقل* (و اما نحن فلما بینا) انه حاله اضافیه لا جرم حکمنا بان العاقلیه صفه مغایره للذات العاقله بل نجعل هذا مبدأ البرهان القوی علی صحه ما اخترناه. (فنقول) ادراک الشیء لذاته زائد علی ذاته و الا لکانت حقیقه الادراک هی حقیقه ذاته و حقیقه ذاته هی حقیقه الادراک و کان لا یثبت احدهما الا و الآخر ثابت لکن التالی باطل فالمقدم باطل فثبت ان ادراک الشیء لذاته زائد علی ذاته و ذلک الزائد یستحیل ان یکون صوره مطابقه لذاته بالبرهان المشهور فهو اذا امر غیر مطابق لذاته و ذلک الغیر المطابق ان کان له نسبه و اضافه الی ذاته فذاته انما صارت معلومه لاجل تلک النسبه و العلم و الادراک و الشعور هو تلک النسبه و ان لم تکن له الیه نسبه و تلک الصوره غیر مطابقه له و لا مساویه فی الماهیه لم یصر ذلک الشیء معلوما اصلا لان حقیقته غیر حاضره و لا للذهن الیه نسبه فالذهن منقطع الاختصاص بالنسبه الیه فیستحیل ان یصیر معلوما (فهذا برهان قاطع) علی ان العلم حاله نسبیه. • الحاشیه علی الهیات الشفاء (لملا صدرا)، ص۱۲۶: (قوله فصل فی العلم و أنه عرض إلی آخره) أن من جمله الأجناس المندرجه تحت مقوله الکیف هی الکیفیات النفسانیه من الشهوه و الغضب و العلم و القدره و الإراده و المحبه و الکراهه و الشجاعه و

الكرم و الحلم و الحياء و الخوف و غير ذلك و قد بحث عنها و عن عرضيتها فى مباحث النفس من الطبيعيات لكن فى إثبات العرضيه للعلم الذى هو من جمله الكيفيات النفسانيه صعوبه شديده فهذا الفصل معقود لبيانه قال و أما العلم فإنه فيه شبهه إلى آخره قد علمت أن للأشياء أى الماهيات وجودا فى الخارج به يترتب عليه آثارها و أحكامها و وجودا فى الذهن لا يترتب به عليها آثارها و أحكامها و العلم لنا بكل شى ء عباره عن حصول ماهياتها عند نفوسنا مجرده عن موادها الخارجيه و العلم بكل ماهيه يكون عين تلك الماهيه و بكل مقوله يكون عين تلك المقوله فالعلم بالجوهر جوهر كما أن العلم بالأعراض أعراض و حينئذ يشكل كون العلم من الموجودات الخارجيه و الكيفيات النفسانيه و لأجل صعوبه هذا الإشكال أنكر بعضهم الوجود الذهنى للأشياء و جعل بعضهم ك [الفخر] الرازى العلم مجرد الإضافه التى بين العالم و المعلوم و بعض أجله المتأخرين أنكر كون العلم كيفيه نفسانيه بل جعله أمرا ذهنيا فقط من مقوله المعلومات و أن العلم بكل مقوله ليس شيئا سوى تلك المقوله من غير أن يكون له وجود فى نفسه و جعل السيد السند و الصدر الأمجد الصور العلميه الحصوليه كلها من مقوله الكيف لا غير و جعل الشارح الجديد للتجريد العلم عرضا قائما بالنفس و المعلوم شيئا آخر مغايرا له حاصلا فى الذهن غير قائم و كل هذه الآراء ظنون فاسده و أوهام باطله قد نقضناها و تفصينا عنها و أبطلناها فى كتاب الأسفار.

قبول دارند که از مقوله ی اضافه نیست، بلکه بنابر نظر مشهور فلاسفه از مقوله ی کیف نفسانی است.

ثانیاً: «ملک» مفهومی اعتباری و اختراعی است و مانعی ندارد مخترِعِ آن با این که از مقوله ی اضافه اقتباس کرده، شدت و ضعف برای آن فرض کند. به عبارت دیگر آن چه تضعف و اشتداد نمی پذیرد نفس مقوله ی اضافه است، ولی مفهوم اعتباری مقتبس از آن مانعی ندارد دارای اشتداد و تضعف باشد؛ چون اعتبار سهل المؤونه و به ید معتبر است و مانعی ندارد تخلّف از نسخه ی اصل (مقتبسٌ عنه) داشته باشد؛ چه در ناحیه ی اصل اعتبار و چه در ناحیه ی آثاری که بر آن مترتب می کند.

بنابراین اگر حقیقت ملک همان طور که محقق اصفهانی قدس سره - فرمودند «احتواء شیء علی شیء» باشد که مقتبس از مقوله ی اضافه است، باز مانعی ندارد برای آن اشتداد و تضعّف فرض کرد؛ به این معنا که مرتبه ای از ملک آن قدر محکم باشد که به آسانی زائل نمی شود و آثار بیشتری داشته باشد، امّا مرتبه ی دیگر آن ضعیف بوده و به آسانی زائل شده و آثار کمتری داشته باشد.(۱)

۱- گرچه اعتبار سهل المؤونه و به ید معتبر است و حقیقتی وراء فرض فارض و اعتبار معتبِر ندارد و ممکن است معتبِر از أعراض مختلفی اقتباس کرده باشد، ولی کلام در این است که این مفهوم اگر در خارج موجود شود تحت کدام یک از مقولات قرار می گیرد [لو وجد فی الخارج لکان من مقوله ...] و معلوم است که شیء اگر در خارج تصور شود فقط تحت یکی از مقولات می تواند باشد. به عبارت دیگر مقوله، جنس عالی حقیقت شیء است و همان طور که یک شیء نمی تواند دو جنس عالی داشته باشد، در مفاهیم اعتباری نیز آن چه که به منزله ی جنس برای آن است نمی تواند مرکب باشد. بله در مورد ملک می توان گفت: همان طور که علم از مقوله ی کیف نفسانی است و در عین حال ذات اضافه است نه این که از مقوله ی اضافه باشد ملک نیز اگر در خارج محقق شود به نحو کیف نفسانی ذات اضافه خواهد بود و شاید مراد حضرت استاد دام ظله در حقیقت این باشد. (امیرخانی)

نظیر کلام محقق اصفهانی قدس سره - را یکی از شاگردان ایشان(۱) در مبحث طهارت و نجاست مطرح کرده و فرموده است: نجاست، قابلیت اشتداد و تضعف ندارد و نمی توان گفت نجاستِ نجسی، قوی تر و شدیدتر از نجاستِ نجس دیگر است. ولی همان طور که توضیح دادیم به خاطر اعتباری بودن این مفاهیم، مانعی ندارد معتبر آن را دارای شدت و ضعف فرض کند و این از طرف شارع در مورد نجاست اتفاق افتاده است؛ مثلاً نجاست بول را قوی تر از نجاست خون اعتبار کرده است؛ به این معنا که نجاست بول با یک مرتبه آب قلیل زائل نمی شود، ولی نجاست خون زائل می شود و معنای اشتداد در عالم اعتبار، چیزی غیر از این نیست.

اشکال مرحوم امام قدس سره – بر نظریه ی مساوات حق با ملک ضعیف

مرحوم امام قدس سره - در ردّ این نظریه می فرماید(۲):

۱- فقه الشیعه (للسید الخویی)، کتاب الطهاره، ج ۳، ص۱۲۷: أنه قد استدل علی نجاسه ولد الزنا بجمله من الروایات الّتی یأتی ذکرها ... فمنها: مرسله الوشاء عمن ذکره عن أبی عبد اللّه علیه السلام -: «أنه کره سئور ولد الزنا، و سئور الیهودی، و النصرانی، و کلّ من خالف الإسلام، و کان أشدّ ذلک عنده سؤر الناصب». و فیه: أن الکراهه أعم من النجاسه المصطلحه، فإن الکراهه فی الأخبار و إن لم تکن ظاهره فی الکراهه المصطلحه، لکنها لیست ظاهره فی خصوص الحرمه فیمکن أن یکون الوجه فیه القذاره المعنویه. و ذکر ولد الزنا فی سیاق الأنجاس لا یصلح قرینه لإراده النجاسه، لإمکان أن یکون الوجه فی الجمیع هو القذاره المعنویه، کما یشهد لذلک التصریح بأشدّیه سئور الناصب، فإنها هی القابله للتشکیک دون النجاسه الظاهریه.

۲- کتاب البیع (للإمام الخمینی)، ج ۱، ص ۴۰: فإذا صحّ ما ذکرناه من وحدانیّه حقیقته کما هو کذلک عرفاً و لغه و تبادراً فالتحقیق أنّه غیر الملک و السلطنه. و الشاهد علیه: مضافاً إلی فهم العرف و ارتکاز العقلاء صدقه فی موارد لا یعتبر فیها الملک و لا السلطنه، فلو سبق إلی مکان فی المسجد و الأراضی المتّسعه من الأملاک و الموقوفات، فلا شبهه فی أنّه لا یملک المکان المسبوق إلیه بوجه من الوجوه؛ لا ملکاً ضعیفاً، و لا شدیداً، لو سلّم تصوّر الشدّه و الضعف فی الملک، مع أنّ المعروف أنّه أحقّ به من غیره، و یتعلّق به حقّ له علی المکان. و توهّم: مالکیّته للتمکّن فیه، کلام شعری لا ینبغی الإصغاء إلیه، و مخالف لاعتبار العقلاء. و لو حفر نهراً و أوصله إلی الشطّ، فما لم یدخل الماء فی نهره لا یکون مالکاً للماء بلا شبهه بوجه من الوجوه، و لکن یمکن أن یقال: إنّ له حقّ الحیازه، و فی مورد التحجیر یثبت حقّ علی الأرض، و لا تصیر ملکاً له بلا ریب. و من أمثال ما ذکر یظهر: أنّ اعتباره غیر اعتبار الملک، و لا یکون مساوقاً له، و لا أخصّ منه.

اوّلاً: با مراجعه به ارتکاز عرفی و عقلایی می یابیم که حق با ملک تفاوت جوهری دارد و حق به معنای ملک ضعیف نیست. و از آن جا که این مفاهیم اختراع عرفی و عقلایی است و حقیقت شرعیه ندارد، پس فهم عرف بر تغایر این دو مفهوم محکّم بوده و دلیل بر آن است که حق به معنای ملک ضعیف نیست.

ثانیاً: در بعضی موارد که حق صادق است، ملک صادق نیست و این نشانگر افتراق و تغایر این دو مفهوم است.

به عنوان مثال: کسی که به مکانی در مسجد سبقت می گیرد، بنابر مشهور نسبت به آن حق پیدا می کند(۱)، بدون آن که آن مکان داخل در ملک او شود؛ نه ملک شدید و نه ملک ضعیف، علی فرض این که اشتداد و تضعف در ملک قابل تصور باشد. یا در اراضی متسعه چه موقوفه باشد و چه ملک شخصی بنابر نظر مشهور(۲) هر کسی حق دارد در آن قرار گرفته [و برای تصرفات یسیره]

۱- لذا کسی نمی تواند مزاحم او شود.

۲- تحریر الوسیله، ج ۱، ص۱۴۸: مسأله۶: یجوز الصلاه فی الأراضی المتسعه کالصحاری و المزارع و البساتین التی لم یبن علیها الحیطان، بل و سائر التصرفات الیسیره مما جرت علیه السیره کالاستطراقات العادیه غیر المضره و الجلوس و النوم فیها و غیر ذلک، و لا یجب التفحص عن ملاکها، من غیر فرق بین کونهم کاملین أو قاصرین کالصغار و المجانین، نعم مع ظهور الکراهه و المنع عن ملّاکها و لو بوضع ما یمنع الماره عن الدخول فیها یشکل جمیع ما ذکر و أشباهها فیها إلا فی الأراضی المتسعه جدا، کالصحاری التی من مرافق القری و توابعها العرفیه و مراتع دوابها و مواشیها، فإنه لا یبعد فیها الجواز حتی مع ظهور الکراهه و المنع. • موسوعه السید الخویی، ج ۱۳، ص۱۹۴: ینبغی التفصیل بین الطرق الواقعه فی الأراضی المتسعه الباقیه علی إباحتها الأصلیه، فإنّه لا حرمه حینئذ و لا بطلان، لجواز الانتفاع منها لأیّ أحد کیف ما شاء بعد أن کان الناس کلهم فیها شرعاً سواء. فکما یحق للمارّه المرور علیها فکذا للمصلین الصلاه فیها، و لغیرهم الانتفاع بشکل آخر من غیر أحقیّه لأحد بالإضافه إلی غیره. و بین الطرق الواقعه فی المدن الحضاریه التی تحدثها الحکومه لغرض الاستطراق بحیث یستوجب حقاً عرفیاً للمارّه مع فرض بقائها علی الإباحه الأصلیه، فإنّ المزاحمه و إن حرمت حینئذ کما لا یخفی، إلا أنّها لا تستوجب البطلان بعد افتراض إباحه المکان. نعم، لو فرض أنّ تلک الطرق موقوفه لهذه الغایه و لم تکن من المباحات الأصلیه بطلت الصلاه حینئذ أیضاً، لأنّ حکمها حکم الصلاه فی الأرض الغصبیه التی حکمنا فیها بالبطلان من جهه اتحاد المأمور به مع المنهی عنه حال السجود، و امتناع التقرب بالمبغوض حسبما سبق فی محله. فتحصّل أن الصور ثلاث: فقد یثبت الحکم التکلیفی و الوضعی معاً، و قد یثبت أحدهما دون الآخر، و قد لا یثبت شی ء منهما.

استفاده کند و کسی نمی تواند مزاحم او شود، در حالی که هیچ گونه مالکیتی نسبت به آن زمین ندارد و ... .

نقد اشکال مرحوم امام قدس سره –

استدلال اوّل امام قدس سره – که فرمودند: به حسب فهم عرفی و ارتکاز عقلایی تفاوت جوهری میان حق و ملک وجود دارد، فی الجمله مورد قبول است؛ یعنی با دقت در محاورات عرفیه می بینیم که حق را به معنای ملک ضعیف نمی دانند، هر چند ممکن است عند التحلیل بگویند حق مانند ملک ضعیف است، ولی نحوه ی اعتبار حق را متفاوت از نحوه ی اعتبار ملک می دانند. توضیح بیشتر در تفاوت بین حقّ و ملک خواهد آمد.

امّا استدلال دوم مرحوم امام – رحمه الله علیه – ظاهراً تمام نیست؛ چون کسانی که قائلند ملک

قابلیّت تضعّف و اشتداد دارد و حق به معنای ملک ضعیف است ادعا می کنند در موارد مذکور، ملک ضعیف صادق است و این استدلال نمی تواند علیه آنان باشد. بنابراین اگر اشتداد در ملک را بپذیریم مانعی از اطلاق ملک ضعیف بر موارد مذکور وجود ندارد. بله اگر مراد مرحوم امام قدس سره - این است که عند العرف در موارد مذکور، ملک ضعیف صادق نیست، این در حقیقت به استدلال اوّل بر گشت می کند و در عرض آن نیست.

نظریه ی محقق اصفهانی: تفاوت معنای حق به اختلاف موارد (اشتراک لفظی)

اشاره

محقق اصفهانی - رحمه الله علیه - نظریه ی خاصی در مورد حق ارائه کرده که به قول خودشان به این صراحت مسبوق به سابقه نیست(۱) و آن این که حق، مشترک لفظی است و به

۱- رساله فی تحقیق الحق و الحکم، ص۴۴: و یمکن أن یقال:- و إن لم أجد من وافق علیه صریحا- أنّ الحق مصداقا فی کل مورد اعتبار مخصوص له آثار خاصه، فحق الولایه لیس إلّا اعتبار ولایه الحاکم و الأب و الجد، و من أحکام نفس هذا الاعتبار جواز تصرّفه فی مال المولّی علیه تکلیفا و وضعا، و لا حاجه إلی اعتبار آخر، فإضافه الحق إلی الولایه بیانیه، و کذلک حق التولیه و حق النظاره، بل کذلک حق الرهانه، فإنه لیس إلّا اعتبار کون العین وثیقه شرعا، و أثره جواز الاستیفاء ببیعه عند الامتناع عن الوفاء، و حق التحجیر أی المسبب عنه لیس إلّا اعتبار کونه أولی بالأرض من دون لزوم اعتبار آخر، و حق الاختصاص فی الخمر لیس إلّا نفس اعتبار کونه أولی بالأرض من دون لزوم اعتبار آخر، و حق الاختصاص فی الخمر لیس إلّا نفس اعتبار اختصاصه به فی قبال الآخر، من دون اعتبار ملک أو سلطنه له، و أثر الأولویه و الاختصاص عدم جواز مزاحمه الغیر له. نعم لا بأس بما ساعد علیه الدلیل من اعتبار السلطنه فیه کحق القصاص، حیث قال عز من قائل (فَقَدْ جَعَلْنا لِوَلِیِّهِ سُلْطاناً) و کذا لو لم یکن هناک معنی اعتباری مناسب للمقام کما فی حق الشفعه، فإنّه لیس إلّا السلطنه علی ضم حصه الشریک إلی حصته بتملّکه علیه قهرا، فإنّ الشفع هو الضم، و الشفعه- کاللقمه- کون الشیء مشفوعا، أی مضموما إلی ملکه، و لا معنی لاعتبار نفس الشفعه، و إلّا کان معناه اعتبار ملکیه حصه الشریک، مع أنّه لا یملک إلّا بالأخذ بالشفعه لا بمجرد صیرورته ذا حق. و کذا حق الخیار هو السلطنه علی الاختیار- و هو ترجیح أحد الأمرین من الفسخ و الإمضاء- لا اعتبار کونه مختارا، فإنّه فی قوه اعتبار کونه مرجحا أی فاسخا أو ممضیا، مع أنّه لا فسخ و لا إمضاء بمجرد جعل الحق، نعم لیس حق الخیار ملک الفسخ و الإمضاء معا و إلّا نفذ إمضائه و فسخه معا، مع إنّه لا ینفذ منه إلّا أحدهما، و کذا السلطنه فإنّ حالها حال الملک، و لا أحد الأمرین من الفسخ و الإمضاء، فإنّ أحدهما المردد لا ثبوت له حتی یتقوم به الملک و السلطنه، بل الملک أو السلطنه یتعلق بترجیح أحد الأمرین علی الآخر، فالمقوّم لاعتبار الملک أو السلطنه أمر واحد و هو ترجیحه لأحد الأمرین. و یمکن أن یقال: بأنّ المعنی الاعتباری المعقول هنا بحیث یناسب الخیار جعله مفوضا، فاعتبار کونه مفوّضا یترتب علیه جواز الفسخ و الإمضاء تکلیفا و وضعا من دون لزوم اعتبار آخر. •حاشیه کتاب المکاسب (للاصفهانی، ط - الحدیثه)، ج ۱، ص ۲۰: الذی یترجح فی نظری- و لم أقف علی موافق

صريحا- أنّ الحق فى كل مورد اعتبار خاص له أثر مخصوص، ففى مثل حق الولايه و حق الوصايه و حق التوليه و حق النظاره ليس الاعتبار المجعول إلّا اعتبار ولايه الأب و الجد و الحاكم، و اعتبار كون الشخص نائبا فى التصرف عن الموصى، و اعتبار كون الشخص متوليا و ناظرا، فإضافه الحق إلى هذه الاعتبارات بيانيه. بل حق الرهانه أيضا كذلك، فإنّه ليس إلّا اعتبار كون العين وثيقه أو محبوسه على الدين، و أثره جواز استيفاء الدين منه، و أمّا مثل حق التحجير فهو حق مسبب عن التحجير، و الاعتبار الموجود فى مورده مجرد كونه أولى بالأرض من غيره فى تملكها بإحيائها، فلا يجوز لغيره مزاحمته، و مثل حق الاختصاص فى الخمر المتخذ للتخليل نفس اعتبار اختصاصه به لسبق ملكه له فيملكه بتخليله لا مجرد جواز تخليله، أو جواز تملكه بتخليله. نعم فى مثل حق الشفعه و حق الخيار و الحق المسبب عن الجنايه لا بأس بأن يكون بمعنى اعتبار السلطنه على ضم حصه الشريك ببذل مثل الثمن للمشترى، و اعتبار السلطنه على الفسخ، و اعتبار السلطنه على الاسترقاق مثلا، و بقيه الكلام فى الرساله المعموله فى تحقيق الحق.

اختلاف موارد آن، اعتبار مستقل و معنای متفاوت دارد. حق در هر موردی به معنای همان مضافٌ إلیه خود می باشد و به اصطلاح اضافه ی بیانیه است نظیر قولی که بعض اشاعره(۱) در مورد وجود قائلند که وجود در هر ماهیتی به معنای همان ماهیتی

۱- بعض اشاعره و معتزله در مورد وجود قائلند که در هر ماهیتی به معنای همان ماهیتی است که وجود پیدا کرده است؛ مثلاً وجود انسان یعنی انسان، وجود فرس یعنی فرس و ... : • الدره الفاخره، ص۲: الظاهر من مذهب الشیخ أبی الحسن الأشعری و أبی الحسین البصری من المعتزله أن وجود الواجب بل وجود کل شی ء عین ذاته ذهنا و خارجا، و لما استلزم ذلک اشتراک الوجود بین الوجودات الخاصّه لفظا لا معنی. • کشف المراد فی شرح تجرید الاعتقاد، ص۲۴: و اعلم أن الناس اختلفوا فی أن الوجود هل هو نفس الماهیه أو زائد علیها فقال أبو الحسن الأشعری و أبو الحسین البصری و جماعه تبعوهما أن وجود کل ماهیه نفس تلک الماهیه. • رسائل الشجره الالهیه فی علوم الحقایق الربانیه، ص۲۱۵: ذهب قوم من المتکلّمین- الذین هم فی الحقیقه من عوامّ الناس- إلی أنّه لا یزید علی الماهیات لا عینا و لا ذهنا؛ و هو فاسد؛ لأنّه لو کان کذلک لکان قولنا: «الإنسان موجود» جاریا مجری قولنا: «الإنسان إنسان» و «الموجود موجود» و کذلک إذا قلنا: «الخلأ لیس بموجود» یکون کأنّا قلنا: «الخلأ لیس بخلأ».

است که موجود شده است مثلاً ـ حق التولیه؛ یعنی اعتبار ولایت برای متولی که بر اساس آن می تواند در وقف تصرّف کند، حق النظاره؛ یعنی اعتبار نظارت برای شخص که بر اساس آن می تواند ناظر باشد و حق الرهانه؛ یعنی اعتبار رهانت و وثیقه بودن عین که بر اساس آن مرتهن می تواند عند الامتناع استیفای دین کند.

بله، در بعضی موارد علاوه بر اعتبار اصلی، اعتبار سلطنت هم شده مانند حق قصاص یا اصلاً معنایی جز همان اعتبار سلطنت ندارد مانند حق شفعه، حق خیار و... ولی این طور نیست که در همه جا حق، مجعولی مشترک بین موارد و به معنای سلطنت باشد.

نقد کلام محقق اصفهانی – رحمه الله علیه –

اگر مقصود محقق اصفهانی – رحمه الله علیه – این است که مفهوم حق در موارد مختلف هیچ اشتراکی ندارد و مشترک لفظی محض است همانند مفهوم وجود در نظر اشعری قابل پذیرش نیست؛ چون این خلاف فهم عرفی و ارتکاز عقلائی است.

فهم عرف و ارتکاز عقلاء که ملاک تشخیص معنای مفاهیم عرفی می باشد آن است که گرچه مواردِ حق ممیزاتی دارد، ولی معنای مشترکی نیز در تمام

موارد اطلاق حق وجود دارد که این معنای مشترک (حق) به منزله ی جنس در مفاهیم ماهوی است و ممیزاتِ موارد به منزله ی فصل آن محسوب می شود، مانند مفهوم حیوان که مشترک بین مفهوم انسان، فرس، غنم و ... می باشد. بنابراین ظاهر کلام محقق اصفهانی قدس سره - که منکر حتی این مقدار اشتراک مفهومی است، درست نیست و خلاف فهم عرف و ارتکاز عقلاء می باشد.(۱)

نظریه ی وحدت حقیقت حق و حکم

اشاره

از طرفداران محکم و با حرارت نظریه ی وحدت حقیقت حق و حکم، سید خویی قدس سره - می باشد که قائلند حق همان حکم است و فقط از حیث آثار متفاوتند؛ مثلاً بر آن احکامی که قابل اسقاط می باشد حق اطلاق می شود.

ایشان در مصباح الفقاهه می فرماید:

«لا ینبغی الریب فی أن الحکم و الحق متحدان حقیقه، لأن قوامها بالاعتبار الصرف»(۲)

۱- به نظر نمی رسد محقق اصفهانی قدس سره - منکر هر گونه اشتراک مفهومی بین مثلاً اعتبار تولیت، اعتبار نظارت و اعتبار رهانت باشد، بلکه منکر مفهوم مشترکی به نام حق می باشد که این حق به معنای سلطنت یا چیز دیگر باشد، لذا برای ردّ نظر محقق اصفهانی باید اثبات کرد که این مفاهیم دارای مفهوم مشترکی به نام حق هستند و این طور نیست که حق در هر یک از این موارد به معنای مضافٌ الیه آن باشد، بلکه حق، مستقلاً و بدون در نظر گرفتن مضافٌ الیه آن دارای مفهوم است که این مفهوم در تمام موارد آن واحد است. (امیرخانی)

۲- مصباح الفقاهه، ج ۲، ص۴۵: لا ینبغی الریب فی أن الحکم و الحق متحدان حقیقه، لأن قوامها بالاعتبار الصرف. و توضیح ذلک: أن المجعولات الشرعیه علی سته أقسام: ۱) التکلیفی الإلزامی، کالواجبات و المحرمات. ۲) التکلیفی غیر الإلزامی. کالمستحبات و المکروهات و المباحات. ۳) الوضعی اللزومی الذی یقبل الانفساخ. کالبیع و الإجاره و الصلح و نحوها، فإنها و إن کانت لازمه فی نفسها. و لکنها تنفسخ بالإقاله و نحوها. ۴) الوضعی اللزومی الذی لا یقبل الانفساخ، کالزواج، فإنه لا ینفسخ إلا فی موارد خاصه. ۵) الوضعی الترخیصی الذی یقبل الاسقاط، کحق الشفعه و حق الخیار، فلصاحب الحق أن یرفع یده عن حقه و یسقطه. ۶) الوضعی الترخیصی الذی لا یقبل الاسقاط، کالجواز فی الهبه، فإنه حکم مجعول للشارع. و لا یرتفع بالإسقاط. و هذه الأمور الاعتباریه و إن اختلفت من حیث الآثار اختلافا واضحا، و لکنها تشترک فی أن قوامها بالاعتبار المحض و إذن فلا وجه لتقسیم المجعول الشرعی أو العقلائی إلی الحق و الحکم لکی نحتاج إلی بیان الفارق بینهما. بل کلها حکم شرعی، أو عقلائی قد اعتبر لمصالح خاصه. بناء علی مسلک العدلیه من تبعیه الأحکام للملاکات الواقعیه. نعم تختلف هذه الأحکام فی الأثر- کما أشرنا إلیه قریبا- اختلافا ظاهرا. فبعضها یقبل الاسقاط. و بعضها لا یقبله و السر فی هذا الاختلاف هو أن زمام تلک

الأمور بيد الشارع حدوثا و بقاء فقد يحكم ببقائه، كما حكم بحدوثه، و قد يحكم بارتفاعه و لو كان ذلک باختيار أحد المتعاملين أو كليهما. نعم المتبع فى ذلک- فى مقام الإثبات- هو الأدله الشرعيه. و على الجمله: إن الجواز و اللزوم الوضعيين. كالجواز و اللزوم التكليفيين، فان جميعها من الأحكام الشرعيه و لا- تفاوت فى ماهيتها و ذواتها و إن اختلفت آثارها. فاعطف نظرک هل ترى فارقا بين جواز قتل المشرک- الذى يسمى حكما شرعيا- و بين سلطنه ولى الدم على قتل القاتل الذى يسمى حقا شرعيا، لقبوله الاسقاط. ثم أرجع البصر كرتين هل ترى فارقا بين حق الحضانه و الأبوه، و الولايه و أشباهها مما لا يقبل الاسقاط، و بين حق الشفعه و حق الخيار القابلين للإسقاط، فافهم و اغتنم. و من الغريب أن جمعا من الفقهاء تصدوا لبيان الفارق بين الحق و الحكم، حتى أن بعضهم قد ألحقه بالبديهيات، زعما منه أن الاختلاف بينهما أظهر من الشمس، و أبين من الأمس، و ذكر جماعه: أن الحق مرتبه ضعيفه من الملكيه، و صاحبه مالک لشى ء يرجع أمره إليه، بخلاف الحكم، فإنه مجرد جعل الرخصه فى فعل شى ء أو تركه، أو الحكم بترتب أثر على فعل أو ترک. و ذكر طائفه: أن الحق ما يقبل السقوط و الإسقاط، أو النقل و الانتقال، بخلاف الحكم، فإنه لا يقبل شيئا من هذه الأمور. إلى غير ذلک مما ذكروه فى هذا المقام. و لكنک قد عرفت: أنه لا يرجع شى ء من ذلک إلى محصل. نعم لا مانع من تخصيص إطلاق الحق اصطلاحا بطائفه من الأحكام: و هى التى تقبل الإسقاط، إذ لا- مشاحه فى الاصطلاح. و أظن- و إن كان الظن لا يغنى من الحق شيئا- أن هذا الإطلاق صار سببا لاختلاف العلماء فى حقيقه الحق و الحكم. و بيان الفارق بينهما. و اللّه العالم. و مما يدل على اتحاد الحق و الحكم أن لفظ (الحق) فى اللغه بمعنى الثبوت. و لذا يصح إطلاقه على كل أمر متقرر فى وعائه المناسب له، سواء أ كان تقررا تكوينيا أم كان اعتباريا. و هو بهذا المعنى قد استعمل فى عده موارد من الكتاب العزيز و من هنا يصح إطلاق كلمه (الحق) على الخبر الصادق، لثبوت مضمونه فى الواقع. و لهذا أيضا يطلق الحق- بقول مطلق- على اللّه تعالى، لبطلان غيره فى جنبه سبحانه ... و إذن فمفهوم الحق يعم جميع المجعولات الشرعيه. بل جميع الأمور الثابته فى أى صقع من الأصقاع، فلا- وجه لتخصيصه بالأحكام فضلا عن تخصيصه بحصه خاصه منها.

سزاوار نیست کسی شک کند در این که حقیقت حق و حکم واحد است؛ چون قوام هر دو به اعتبار صرف است و هر دو امری اعتباری هستند.

تبیین سید خویی قدس سره – بر نظریه ی وحدت حقیقت حق و حکم

سید خویی در توضیح وحدت حقیقت حق و حکم می فرماید: مجعولات شرعیه شش قسم است:

۱. تکلیفی الزامی، مانند واجبات و محرمات.

۲. تکلیفی غیر الزامی، مانند مستحبات، مکروهات و مباحات.

۳. وضعی لزومی که قابل انفساخ است، مانند بیع و اجاره که لازم است ولی قابل انفساخ به إقاله و نحو آن است.

۴. وضعی لزومی غیر قابل انفساخ، مانند عقد نکاح که جز در موارد نادری قابل انفساخ نیست و تنها راه إزاله ی زوجیت، طلاق است.

۵. وضعی ترخیصی قابل اسقاط، مانند حق شفعه و حق خیار که ذو الحق می تواند آن را اسقاط کند.

۶. وضعی ترخیصی غیر قابل اسقاط، مانند جواز در هبه که اگر کسی هبه ی غیر معوضه به غیر رحم کرد مادامی که عین آن باقی است ترخیص در رجوع دارد و این ترخیص قابل اسقاط نیست.

سید خویی قدس سره – می فرماید: این مجعولات گرچه از حیث آثار با هم اختلاف دارند، ولی در این که قوام همه ی آن ها به اعتبار محض است مشترکند.

بنابراین وجهی برای تقسیم این مجعولات شرعی یا عقلائی به حق و حکم وجود ندارد تا دنبال بیان فارق بین آن ها باشیم، بلکه همه ی آن ها حکم شرعی یا عقلائی است که برای مصالح خاصی بنابر مسلک عدلیّه که احکام تابع مصالح است اعتبار شده است.

ملاحظاتی بر کلام سید خویی قدس سره –

اوّلاً: فرمودید: از آن جا که قوام مجعولات شرعی و عقلایی به اعتبار محض است، پس حقیقت واحد دارند؛ گرچه از حیث آثار متفاوتند.

می گوییم: این کلام شما نظیر کلام بعض عرفا در وحدت شخصی وجود است که قائلند چون همه ی موجودات به وجود قائمند پس دارای یک حقیقتند و یک حقیقت (وجود) در همه ی هستی منبسط شده است؛ از وجود حق تعالی گرفته تا دون ترین موجودات، هر چند با کثراتی اعتباری در مقام تجلّی.

بنابراین همان اشکالی که خود شما بر نظریه ی وحدت شخصی وجود وارد کردید که معنای محصل و معقولی ندارد(۱) یعنی این که بگوییم وجود واحد

۱- التنقیح فی شرح العروه الوثقی، الطهاره، ج۲، ص۸۱: القائل بوحده الوجود إن أراد أن الوجود حقیقه واحده و لا تعدد فی حقیقته و أنه کما یطلق علی الواجب کذلک یطلق علی الممکن، فهما موجودان و حقیقه الوجود فیهما واحده و الاختلاف إنما هو بحسب المرتبه، لأن الوجود الواجبی فی أعلی مراتب القوّه و التمام و الوجود الممکنی فی أنزل مراتب الضعف و النقصان و إن کان کلاهما موجوداً حقیقه و أحدهما خالق للآخر و موجد له، فهذا فی الحقیقه قول بکثره الوجود و الموجود معاً نعم حقیقه الوجود واحده، فهو مما لا یستلزم الکفر و النجاسه بوجه بل هو مذهب أکثر الفلاسفه بل مما اعتقده المسلمون و أهل الکتاب و مطابق لظواهر الآیات و الأدعیه، فتری أنّه (علیه السلام) یقول: «أنت الخالق و أنا المخلوق و أنت الرب و أنا المربوب» و غیر ذلک من التعابیر الداله علی أن هناک موجودین متعدِّدین أحدهما موجد و خالق للآخر، و یعبّر عن ذلک فی الاصطلاح بالتوحید العامِّی. و إن أراد من وحده الوجود ما یقابل الأول و هو أن یقول بوحده الوجود و الموجود حقیقه و أنه لیس هناک فی الحقیقه إلّا موجود واحد و لکن له تطورات متکثره و اعتبارات مختلفه، لأنه فی الخالق خالق و فی المخلوق مخلوق کما أنه فی السماء سماء و فی الأرض أرض و هکذا، و هذا هو الذی یقال له توحید خاص الخاص و هذا القول نسبه صدر المتألهین إلی بعض الجهله من المتصوفین، و حکی عن بعضهم أنه قال: لیس فی جبتی سوی اللّه، و أنکر نسبته إلی أکابر الصوفیه و رؤسائهم، و إنکاره هذا هو الذی یساعده الاعتبار فان العاقل کیف یصدر منه هذا الکلام و کیف یلتزم بوحده الخالق و مخلوقه

و يـدعى اختلافهمـا بحسب الاعتبـار. و كيف كـان فلاـ إشـكال فى أن الاـلتزام بـذلك كفر صـريح و زنـدقه ظـاهره، لأنه إنكار للواجب و النبيّ (صلّى اللّه عليه و آله و سلم) حيث لا امتياز للخالق عن المخلوق حينئذ إلّا بالاعتبار، و كذا النبيّ (صلّى اللّه عليه و آله و سلم) و أبو جهل مثلًا متّحدان فى الحقيقه على هـذا الأساس و إنما يختلفان بحسب الاعتبار. و أمّا إذا أراد القائل بوحده الوجـود أن الوجـود واحـد حقيقه و لاـ كـثره فيه من جهه و إنمـا الموجـود متعـدِّد، و لكنه فرق بيّن بين موجـوديه الوجود و بين موجـوديه غيره من الماهيّات الممكنه، لأنّ إطلاق الموجـود على الوجود من جهه أنّه نفس مبـدأ الاشـتقاق و أمّا إطلاقه على الماهيات الممكنه فإنما هو من جهه كونها منتسبه إلى الموجود الحقيقى الذى هو الوجود لا من أجل أنها نفس مبدأ الاشتقاق و لا من جهه قيام الوجود بها حيث إن للمشتق إطلاقات فقد يحمل على الذات من جهه قيام المبدأ به كما فى زيد عالم أو ضارب لأنّه بمعنى مَن قام به العلم أو الضـرب، و أُخرى يحمل عليه لأنّه نفس مبـدأ الاشـتقاق كما عرفته فى الوجود و الموجود، و ثالثه من جهه إضافته إلى المبـدأ نحو إضافه و هذا كما فى اللّابن و التامر لضـروره عدم قيام اللبن و التمر ببائعهما إلّا أنّ البائع لما كان مسـنداً و مضافاً إليهما نحو إضافه و هو كونه بائعاً لهما، صح إطلاق اللّابن و التامر على بائع التمر و اللّبن، و إطلاق الموجود على الماهيات الممكنه من هذا القبيل، لأنه بمعنى أنها منتسبه و مضافه إلى اللّه سبحانه بإضافه يعبّر عنها بالإضافه الإشراقيه فالموجود بالوجود الانتسابى متعـدِّد و الموجود الاسـتقلالى الذى هو الوجود واحد. و هذا القول منسوب إلى أذواق المتألهين، فكأن القائل به بلغ أعلى مراتب التأله حيث حصر الوجود بالواجب سبحانه، و يسمّى هذا توحيداً خاصياً. و لقد اختار ذلك بعض الأكابر ممن عاصـرناهم و أصرّ عليه غايه الإصرار مستشهداً بجمله وافره من الآيات و الأخبار حيث إنّه تعالى قد أُطلق عليه الموجود فى بعض الأدعيه و هـذا المدعى و إن كان أمراً باطلًا فى نفسه لابتنائه على أصاله الماهيّه على ما تحقّق فى محلّه و هى فاسده لأنّ الأصـيل هو الوجود إلّا انه غير مستتبع لشى ء من الكفر و النجاسه و الفسق. بقى هناك احتمال آخر و هو ما إذا أراد القائل بوحده الوجود وحـده الوجود و الموجود فى عين كثرتهما فيلتزم بوحده الوجود و الموجود و أنه الواجب سبحانه إلّا أن الكثرات ظهورات نوره و شؤونات ذاته، و كل منها نعت من نعوته و لمعه من لمعات صفاته و يسمّى ذلك عنـد الاصطلاح بتوحيد أخصّ الخواص، و هذا هو الذى حقّقه صدر المتألهين و نسبه إلى الأولياء و العرفاء من عظماء أهل الكشف و اليقين قائلًا: بأن الآن حصحص الحق و اضمحلّت الكثره الوهميه و ارتفعت أغاليط الأوهام، إلّا أنّه لم يظهر لنا إلى الآن حقيقه ما يريدونه من هذا الكلام. و كيف كان فالقائل بوحده الوجود بهذا المعنى الأخير أيضاً غير محكوم بكفره و لا بنجاسته ما دام لم يلتزم بتوال فاسده من إنكار الواجب أو الرساله أو المعاد. • فقه الشيعه، كتاب الطهاره، ج ٣، ص١۴٨: حكم القائلين بوحده الوجود الاحتمالات- أو الأقوال- فى وحده الوجود أربعه: أحـدها: و هو المسـمّى عند الفلاسـفه بالتوحيد العامى ان يقال بكثره الوجود و الموجود، بمعنى أن يكون للوجود حقيقه واحـده، بحيث لا تعـدد فى أصل حقيقته، فيطلق على الواجب و الممكن على حدّ سواء، إلّا أن له مراتب مختلفه بالشدّه و الضـعف، فـالواجب فى أعلى مراتب القـوه و الشـدّه، و الممكن فى أدنى مراتب الضـعف، و إن كـان كلاهمـا موجودا حقيقه، و أحـدهما خـالق و الأـخر مخلوق. و هـذا القول لاـ يوجب الكفر و النجـاسه، بـل هو ما عليه أكثر الناس و عامتهم، بل مما اعتقـده المسـلمون، و أهـل الكتـاب و عليه ظـاهر الآيـات و الأـدعيه، كما ورد فى بعضـها: «أنت الخالق و أنا المخلوق، و أنت الربّ و أنا المربوب.» إلى غير ذلك مما يـدل على تعدد الواجب و الممكن وجودا. ثانيها: و هو المسـمّى عندهم بتوحيد خاص الخاص أن يقال بوحده الوجود و الموجود فى قبال القول الأوّل، أى ليس هناك إلّا موجود واحد، إلّا أن له أطوارا مختلفه، و شـئونا متكثره، فهو فى السماء سماء، و فى الأرض أرض، و فى الخالق خالق، و فى المخلوق مخلوق، و هكذا. و هذا القول نسبه صدر المتألهين إلى بعض جهله الصوفيّه، حتّى قال: إنّه ليس فى جبتى إلّا اللّه، و أنكر نسبته إلى أكابر الصوفيّه. و هذا القول مما لا يساعده العقل السـليم، بـل لاـ ينبغى صـدوره عن عاقل و كيف يلتزم بوحـده الخالق و المخلوق، و يقال باختلافهما اعتبارا؟! إذ يلزمه القول بأن

الواجب و النبى صلّى اللّه عليه و آله واحد غير أنهما يختلفان بالاعتبار، كما أن النبى صلّى اللّه عليه و آله و أبو جهل- مثلا- كذلك. و هذا القول يوجب الكفر و الزندقه، لأنه إنكار للواجب حقيقه. ثالثها: و هو توحيد خاصىّ أن يقال بوحده الوجود و كثره الموجود. و هو المنسوب إلى اذواق المتألهين، بزعمهم أنهم بلغوا أعلى مراتب التوحيد. و المراد به: ان الموجود بالوجود الاستقلالى و الحقيقى واحد، و هو الواجب سبحانه و تعالى، و إطلاق الموجود عليه إنما يكون من جهه أنه نفس مبدء الاشتقاق، انما التعدد فى الموجود بالوجود الانتسابى، و هى الممكنات بأسرها، حيث أنها منتسبه إلى الموجود الحقيقى نحو انتساب، و ليست هى متصفه بالوجود حقيقه، لعدم قيام المبدء بها. فلا يكون إطلاق الموجود على الممكن نظير إطلاق العالم على زيد القائم به العلم حقيقه، بل ينسب إلى الموجود الحقيقى لقيام المبدء بغيره، كما فى اللّابن و التامر. ضروره عدم قيام اللّبن و التمر ببايعهما، غير أن البائع لما كان مسندا و مضافا إليهما نحو إسناد و إضافه من جهه كونه بايعا لهما صح إطلاق اللّابن و التامر على بايعهما، فكذلك الحال فى إطلاق الموجود على الممكن. و قد إختار هذا القول بعض الأكابر ممن عاصرناهم. و كان مصرا عليه أشدّ الإصرار. مستشهدا له بجمله من الآيات و الأخبار و قد أطلق عليه تعالى فى بعض الأدعيه انه الموجود. و هذا القول و إن كان باطلا- فى نفسه، لابتنائه على أصاله الماهيّه المقر فى محله بطلانها، إلّا أنه لا يوجب الكفر و النجاسه، لعدم كونه منافيا للتوحيد، أو إنكارا لضرورىّ الدين. رابعها: و هو توحيد أخص الخواص. أن يقال بوحده الوجود و الموجود فى عين كثرتهما. و هذا إن أريد به الاختلاف بحسب المرتبه، و ان الموجود الحقيقى واحد، و هو اللّه سبحانه و تعالى، و باقى الموجودات المتكثره ظهورات نوره، و شئونات ذاته، لأنها رشحات وجوديه ضعيفه منه تعالى و تقدس فهو راجع إلى القول الأول. و إن أريد به أن الوجود مع فرض وحدته الحقيقيّه متكثر و متعدد بحسب المصاديق من دون رجوعه إلى اختلاف المراتب، فانا لم نتصوره إلى الان، و لم نتحققه مع كمال الدقه و التأمل. و قد صاحبت بعض العرفاء و أردت منه توضيح هذه المقاله صحيحه كانت أو فاسده فلم أ تحصل منه معنى معقولا، لأنه لا يخلو عن المناقضه. و مع ذلك فقد اختاره و حققه صدر المتألهين، و نسبه إلى الأولياء و العرفاء من عظماء أهل الكشف و اليقين، مدّعيا: أن الان حصحص الحق، و اضمحلت الكثره الوهميّه، و ارتفعت الأوهام. و لكن قد أشرنا إلى حقيقه الأمر فى ذلك، و أنه على تقدير يرجع إلى القول الأوّل، و على التقدير الأخر ليس له معنى محصل معقول. و كيف كان فهو لا يوجب الكفر، لعدم استلزامه إنكار الواجب تعالى و تقدس. • الحكمه المتعاليه فى الاسفار العقليه الاربعه، ج ٢، ص٢٩٩: اعلم أيها السالك بأقدام النظر و الساعى إلى طاعه الله سبحانه و الانخراط فى سلك المهيميين فى ملاحظه كبريائه و المستغرقين فى بحار عظمته و بهائه أنه كما أن الموجد لشى ء بالحقيقه ما يكون بحسب جوهر ذاته و سنخ حقيقته فياضا بأن يكون ما بحسب تجوهر حقيقتها هو بعينه ما بحسب تجوهر فاعليتها فيكون فاعلا بحتا- لا أنه شى ء آخر يوصف ذلك الشى ء بأنه فاعل فكذلك المعلول له هو ما يكون بذاته أثرا و مفاضا لا شى ء آخر غير المسمى معلولا يكون هو بالذات أثرا حتى يكون هناك أمران و لو بحسب تحليل العقل و اعتباره أحدهما شى ء و الآخر أثر فلا يكون عند التحليل المعلول بالذات إلا أحدهما فقط دون الثانى إلا بضرب من التجوز دفعا للدور و التسلسل فالمعلول بالذات أمر بسيط كالعله بالذات و ذلك عند تجريد الالتفات إليهما فقط فإنا إذا جردنا العله عن كل ما لا يدخل فى عليتها و تأثيرها- أى كونها بما هى عله و مؤثره و جردنا المعلول عن سائر ما لا يدخل فى قوام معلوليتها- ظهر لنا أن كل عله عله بذاتها و حقيقتها و كل معلول معلول بذاته و حقيقته. فإذا كان هذا هكذا يتبين و يتحقق أن هذا المسمى بالمعلول ليست لحقيقته هويه مباينه- لحقيقه علته المفيضه إياه حتى يكون للعقل أن يشير إلى هويه ذات المعلول مع قطع النظر عن هويه موجدها فيكون هويتان مستقلتان فى التعقل إحداهما مفيضا و الآخر مفاضا إذ لو كان كذلك لزم أن يكون للمعلول ذات سوى معنى كونه معلولا لكونه متعقلا من غير تعقل علته و إضافته إليها و المعلول بما هو معلول لا يعقل إلا مضافا إلى العله فانفسخ ما أصلناه من الضابط فى كون الشى ء عله و معلولا هذا خلف

فإذن المعلول بالـذات لا حقيقه له بهذا الاعتبار سوى كونه مضافا و لاحقا و لا معنى له غير كونه أثرا و تابعا من دون ذات تكون معروضه لهذه المعانى كما أن العله المفيضه على الإطلاق إنما كونها أصـلا و مبدأ و مصـمودا إليه و ملحوقا به و متبوعا هو عين ذاته فإذا ثبت تناهى سلسـله الوجودات من العلل و المعلولات إلى ذات بسيطه الحقيقه النوريه الوجوديه متقدما عن شوب كثره و نقصـان و إمكـان و قصور و خفـاء برى ء الـذات عن تعلق بـأمر زائـد حـال أو محـل خـارج أو داخل و ثبت أنه بـذاته فياض- و بحقيقته سـاطع و بهويته منور للسـماوات و الأرض و بوجوده منشأ لعالم الخلق و الأمر تبين و تحقق أن لجميع الموجودات أصـلا واحدا أو سـنخا فاردا هو الحقيقه و الباقى شـئونه و هو الذات و غيره و أسـماؤه و نعوته و هو الأصل و ما سواه أطواره و شـئونه و هو الموجود و مـا وراءه جهـاته و حيثيـاته و لا يتوهمن أحـد من هـذه العبارات أن نسـبه الممكنات إلى ذات القيوم تعالى يكون نسـبه الحلول هيهـات أن الحـاليه و المحليه ممـا يقتضـيان الاثنينيه فى الوجود بين الحال و المحل. و هاهنا أى عنـد طلوع شـمس التحقيق من أفق العقل الإنسانى المتنور بنور الهـدايه و التوفيق ظهر أن لا ثانى للوجود الواحـد الأحـد الحق و اضـمحلت الكسـره الوهميه و ارتفعت أغاليط الأوهام و الآن حصـحص الحق و سـطع نوره النافـذ فى هياكل الممكنات يقذف به على الباطل فيدمغه فإذا هو زاهق و للثنويين الويل مما يصفون إذ قد انكشف أن كل ما يقع اسم الوجود عليه و لو بنحو من الأنحاء فليس إلا شأنا من شئون الواحـد القيوم و نعتـا من نعوت ذاته و لمعه من لمعـات صـفاته فمـا وضـعناه أولا أن فى الوجود عله و معلولا بحسب النظر الجليـل قـد آل آخر الأـمر بحسب السـلوك العرفـانى- إلى كون العله منهما أمرا حقيقيا و المعلول جهه من جهاته و رجعت عليه المسمى بالعله و تأثيره للمعلول إلى تطوره بطور و تحيثه بحيثيه لا انفصال شى ء مباين عنه فأتقن هذا المقام الذى زلت فيه أقدام أولى العقول و الأفهام و أصرف نقد العمر فى تحصيله- لعلك تجد رائحه من مبتغاك إن كنت مستحقا لذلك و أهله.

شخصـی است و افتراقـات قابـل ملاـحظه نیست معنای محصل و معقولی نـدارد؛ چون بـدیهی است وجودها متکثّر و متفاوتنـد، وجود عبـد کجـا و وجود حق تعالی کجا؟! بر کلامتان در این جا نیز وارد است؛ چون اعتبار، همان وجود فرضـی است و اعتبار در عـالم فرض به منزله ی وجـود در عـالم واقـع است و معتـبَرِ آن به منزله ی مـاهیت. پس همـان طـور که بـا تکـثر موجودات، وحدت شخصی وجود

معقول نیست، با تفاوت معتبرها نیز وحدت اعتبار معقول نیست.(۱)

ثانیاً: فرمودید همه ی این مفاهیم در این که قوام آن ها به اعتبار محض است مشترکند، لذا وجهی برای بیان فارق بین حق و حکم وجود ندارد.

می گوییم: ملک نیز از مفاهیم اعتباری و مجعولات [عقلایی] است، در حالی که شما به طور مفصل درباره ی حقیقت ملک و فرق آن با حق بحث فرمودید(۲) و این نقض کلام خودتان است.

ثالثاً: مهم ترین بیانی که برای اثبات اتحاد حق و حکم ذکر کردید این بود که

۱- گرچه سید خویی قدس سره - به دنبال اثبات وحدت اعتبار نیستند و می خواهند بیان کنند که این مفاهیم چون اعتباری است، پس حقیقت واحدی دارد هر چند آن حقیقت به نحو کثرت اعتبار در مصادیق متعدد باشد یعنی همان طور که وجوب و استحباب دو حکم با دو اعتبار جداگانه است ولی حقیقتِ هر دو، حکم است، سایر مجعولات شرعی و عقلایی نیز حقیقتشان حکم است هر چند اعتبار جداگانه دارند و آثارشان متفاوت است ولی در صورتی می توانند از اعتباری بودن مفاهیم این نتیجه را بگیرند که قائل به وحدت اعتبار باشند و الا با کثرت اعتبار [که به منزله ی وجود در عالم واقع است] چگونه می توان به این نتیجه رسید که حقیقت مفاهیم اعتباری واحد است؟! بنابراین برای اثبات حقیقت واحِدِ مفاهیم اعتباری ناچارند قائل به وحدت اعتبار نظیر وحدت وجود در عالم واقع شوند تا نتیجه بگیرند معتبرها نیز واحد است، که در این صورت همان اشکالی که خود ایشان بر مبنای وحدت وجود وارد کردند بر این مبنا نیز وارد است. علاوه آن که بحث در ما نحن فیه درباره ی حقیقت اعتبار که به منزله ی وجود در عالم واقع می باشد نیست، بلکه اگر بخواهیم تشبیه کنیم مانند بحث درباره ی مفاهیم ماهوی است؛ یعنی همان طور که با پذیرش مبنای وحدت وجود نمی توان منکر تفاوت ماهوی بین انسان، فرس، غنم، حجر و ... شد، در اعتباریات نیز با پذیرش مبنای وحدت اعتبار نمی توان منکر تفاوت مفهومی بین معتبرها شد و ادعای این که تفاوت مفهومی وجود ندارد بی دلیل است. (امیرخانی)

۲- درباره ی حقیقت ملک بعد از بحث مفصل به این نتیجه رسیدند که «سلطنت و احاطه ی اعتباری» است و فرق آن با حق را این طور ذکر کردند که «إن الفارق بین الحق و الحکم، و بین الملک: أن الأولین لا یتعلقان إلا بالأفعال بخلاف الملک فإنه یتعلق بالأعیان تاره و بالأفعال اخری». (مصباح الفقاهه، ج ۲، ص۴۵)

وقتی به دو مجعولِ شرعیِ نظیرِ هم که یکی حق است و دیگری حکم، نگاه می کنیم احساس تفاوت نمی کنیم؛ مثلاً بین جواز قتل مشرک که حکم شرعی است و سلطنت ولیّ دم بر قتل قاتل که حق شرعی است تفاوتی وجود ندارد [فقط تفاوتشان در آثار است که یکی قابل اسقاط و دیگری غیر قابل اسقاط است]. یا بین حق حضانت، ابوت و ولایت که قابل اسقاط نیست و بین حق خیار و شفعه که قابل اسقاط است هیچ فرقی وجود ندارد. تفاوت به قابلیت اسقاط و عدم قابلیت اسقاط نیز در واقع به اعتباری بودن این مفاهیم برمی گردد که به ید شارع است و شارع این طور اعتبار کرده است یعنی همانطور که اعتبار حدوثاً به ید شارع است بقاءاً هم به ید شارع است و می تواند حکم را قابل اسقاط یا غیر قابل اسقاط جعل کند. آن حکم هایی که به نحو قابل اسقاط جعل می کند می توان از آن تعبیر به حق کرد پس حق و حکم هیچ تفاوتی ندارد و این که بعضی تفاوت حق و حکم را از اوضح واضحات و اظهر من الشمس و أبین من الأمس دانسته اند سخت در اشتباهند.(۱)

۱- مصباح الفقاهه، ج ۲، ص۴۶: و هذه الأمور الاعتباریه و إن اختلفت من حیث الآثار اختلافا واضحا، و لکنها تشترک فی أن قوامها بالاعتبار المحض و إذن فلا وجه لتقسیم المجعول الشرعی أو العقلائی إلی الحق و الحکم لکی نحتاج إلی بیان الفارق بینهما. بل کلها حکم شرعی، أو عقلائی ... فاعطف نظرک هل تری فارقا بین جواز قتل المشرک- الذی یسمی حکما شرعیا- و بین سلطنه ولی الدم علی قتل القاتل الذی یسمی حقا شرعیا، لقبوله الاسقاط. ثم أرجع البصر کرتین هل تری فارقا بین حق الحضانه و الأبوه، و الولایه و أشباهها مما لا یقبل الاسقاط، و بین حق الشفعه و حق الخیار القابلین للإسقاط، فافهم و اغتنم. و من الغریب أن جمعا من الفقهاء تصدوا لبیان الفارق بین الحق و الحکم، حتی أن بعضهم قد ألحقه بالبدیهیات، زعما منه أن الاختلاف بینهما أظهر من الشمس، و أبین من الأمس، و ذکر جماعه: أن الحق مرتبه ضعیفه من الملکیه، و صاحبه مالک لشی ء یرجع أمره إلیه، بخلاف الحکم، فإنه مجرد جعل الرخصه فی فعل شی ء أو ترکه، أو الحکم بترتب أثر علی فعل أو ترک. و ذکر طائفه: أن الحق ما یقبل السقوط و الإسقاط، أو النقل و الانتقال، بخلاف الحکم، فإنه لا یقبل شیئا من هذه الأمور. إلی غیر ذلک مما ذکروه فی هذا المقام. و لکنک قد عرفت: أنه لا یرجع شی ء من ذلک إلی محصل. نعم لا مانع من تخصیص إطلاق الحق اصطلاحا بطائفه من الأحکام: و هی التی تقبل الإسقاط، إذ لا مشاحه فی الاصطلاح. و أظن- و إن کان الظن لا یغنی من الحق شیئا- أن هذا الإطلاق صار سببا لاختلاف العلماء فی حقیقه الحق و الحکم و بیان الفارق بینهما. و اللّه العالم.

می گوییم: بالوجدان بین جواز قتل مشرک و حق قصاص احساس تفاوت می کنیم و آن این که در حق قصاص، نحوه ی اعتبار به گونه ای است که حیثیت نفع برای ذی الحق لحاظ شده؛ یعنی قصاص برای ولیِّ دم و به نفع او جعل شده به همین خاطر می تواند حقش را اسقاط کند به خلاف جواز قتل مشرک که گرچه در آن به نوعی دست مسلمان را بازگذاشته، امّا در ماهیت آن، نفع مسلمان لحاظ نشده است.

به همین خاطر حق و حکم این تفاوت را دارند که در ماهیت حق، به نوعی دارایی برای ذو الحق لحاظ شده و «له» او جعل شده، ولی در ماهیت حکم چنین لحاظی نشده است، و اگر هم حکمی «له» کسی باشد، این انتزاع ذهن است و این طور نیست که در ماهیت آن لحاظ شده باشد و همین مقدار تفاوت در مفاهیم اعتباری کفایت می کند که ماهیتشان تفاوت داشته باشد.

تا این جا به این نتیجه رسیدیم که مفهوم حق دارای اشتراک معنوی است و این طور نیست که در هر موردی معنای متفاوتی داشته باشد و نیز معنای آن با ملک و حکم متفاوت است. مرحوم امام قدس سره - نیز تا این جا با ما هم گام هستند، ولی ایشان تبیینی در مورد این که حقیقت حق چیست نفرموده اند. اگر منظورشان این باشد که اصلاً حقیقت حق قابل تبیین نیست ما با سخن ایشان موافق نیستیم، ولی اگر منکر این نیستند که فی الجمله حق قابل تبیین است کلام ایشان با سخن ما مغایرتی ندارد.

نظریه ی مختار در تبیین حقیقت حق (ثبوت شایسته تا بایسته)

اشاره

قبلاً بیان کردیم که حق در لغت به معنای ثبوت است، ولی با دقت بیشتر در معنای حق و رجوع به ارتکازات عرفیه در موارد استعمال آن، می بینیم که علاوه بر ثبوت، معنای شایستگی و بایستگی نیز در حاقّ آن إشراب شده است.

به عنوان مثال در آیه ی شریفه ی (ذلِکَ بِأَنَّ اللَّهَ هُوَ الْحَقُّ)(۱) کلمه ی «حق» معنایی فراتر از ثبوت را می خواهد افاده کند و آن این که ثبوت خداوند به نحو بایسته بوده و ضرورت دارد. یا در آیه ی شریفه ی (حَقِیقٌ عَلَی أَنْ لاَ أَقُولَ عَلَی اللَّهِ إِلاَّ الْحَقَّ)(۲) کلمه ی «حقیق» که از مشتقات حق است، واضح است که به معنای «سزاوار» می باشد، آن هم در حدّ ضرورت و بایستگی؛ یعنی بایسته است بر خدا نگویم جز آن چه ثابت است و شایسته.

وقتی به کتب لغت بیشتری رجوع کردیم دیدیم بعضی از لغویین نیز متوجه این معنا در کلمه ی حق شده اند؛ مثلاً خلیل بن أحمد فراهیدی در کتاب العین و صاحب بن عباد(۳) در المحیط فی اللغه «حَقَّ الأمر» را به «وَجَبَ الأمر» معنا کرده اند(۴)

۱- سوره ی مبارکه ی حج، آیه ی ۶: (ذلِکَ بِأَنَّ اللَّهَ هُوَ الْحَقُّ وَ أَنَّهُ یُحْیِی الْمَوْتَی وَ أَنَّهُ عَلَی کُلِّ شَیْ ءٍ قَدِیرٌ) • سوره ی مبارکه ی حج، آیه ی ۶۲ : (ذلِکَ بِأَنَّ اللَّهَ هُوَ الْحَقُّ وَ أَنَّ مَا یَدْعُونَ مِنْ دُونِهِ هُوَ الْبَاطِلُ وَ أَنَّ اللَّهَ هُوَ الْعَلِیُّ الْکَبِیرُ) • سوره ی مبارکه ی لقمان، آیه ی ۳۰: (ذلِکَ بِأَنَّ اللَّهَ هُوَ الْحَقُّ وَ أَنَّ مَا یَدْعُونَ مِنْ دُونِهِ الْبَاطِلُ وَ أَنَّ اللَّهَ هُوَ الْعَلِیُّ الْکَبِیرُ)

۲- سوره ی مبارکه ی أعراف، آیه ی ۱۰۵: (حَقِیقٌ عَلَی أَنْ لاَ أَقُولَ عَلَی اللَّهِ إِلاَّ الْحَقَّ قَدْ جِئْتُکُمْ بِبَیِّنَهٍ مِنْ رَبِّکُمْ فَأَرْسِلْ مَعِیَ بَنِی إِسْرَائِیلَ)

۳- خلیل بن أحمد فراهیدی و صاحب بن عباد از بزرگان اهل لغت به شمار می روند و شیعه بوده اند. أشعار صاحب بن عباد در محبت اهل بیت- علیهم السلام - معروف است؛ مثلاً در شعری می گوید: لو شقّ عن قلبی یری وسطه سطران قد خطا بلا کاتب العدل و التوحید فی جانب و حب أهل البیت فی جانب • أمالی المرتضی، غرر الفوائد و درر القلائد، ج ۱، ص۴۰۰: و قال الصاحب اسماعیل بن عباد: لو شقّ قلبی لرأوا وسطه سطرین قد خطّا بلا کاتب العدل و التّوحید فی جانب و حبّ أهل البیت فی جانب این شعر به شافعی نیز نسبت داده شده است: • الکشکول (للشیخ یوسف البحرانی)، ج ۲، ص۹۰: مما نسب للشافعی: لو شقّ قلبی لرأوا وسطه خطّین قد خطا بلا کاتب الشرع و التوحید فی جانب و حبّ أهل البیت فی جانب

۴- العین، ج ۳، ص۶: الحَقّ نقیض الباطل. حَقَّ الشیء یَحِقُّ حَقّا أی وجب وجوبا. و تقول: یَحِقُّ علیک أن تفعل کذا، و أنت حَقِیق علی أن تفعله. و حَقِیق فعیل فی موضع مفعول. و قول الله عزّ و جلّ حَقِیقٌ عَلی أَنْ لا أَقُولَ معناه مَحْقُوق کما تقول: واجب ... و الحَقِیقه: ما یصیر إلیه حِقّ الأمر و وجوبه. و بلغت حَقِیقه هذا: أی یقین شأنه. • المحیط فی اللغه، ج ۲، ص۲۸۶: الحَقُّ: نَقِیْضُ الباطِلِ، و الحَقَّهُ: مِثْلُه، هذه حَقَّتی: أی حَقِّی. و حَقَّ الشَّیْ ءُ: وَجَبَ، یَحُقُّ و یَحِقُّ، و هو حَقِیْقٌ و مَحْقُوقٌ. و بَلَغْتُ حَقِیْقَهَ الأمْرِ: أی یَقِیْنَ شَأْنِه. و أَحَقَّ الرَّجُلُ: قال حَقّاً؛ أو ادَّعی حَقّاً فَوَجَبَ له، من قَوْلِه عزَّ و جلَّ: لِیُحِقَّ الْحَقَّ. • تهذیب اللغه، ج ۳،

ص۲۴۱: قال اللیث: الحقّ: نقیض الباطل، تقول: حَقّ الشی ءُ یَحِقّ حَقّا معناه: وجب یجب وجوباً.

که «وجوب» به معنای «ضـرورت» و همان «بایسـتگی» در زبان فارسـی است. هرچند به نظر ما «وجوب» و «بایسـتگی» به تنهایی نمی توانـد مبیّن معنـای حق باشـد، بلکه ترکیبی از «ثبوت» و «اولویت» معنای حق را تشـکیل می دهـد. و مراد از اولویت معنای کشش دار و جامعی از «شایستگی تا بایستگی» است.

در میان لغویین هم فیومی در المصباح المنیر(۱) این دو را با هم ذکر کرده است: «حق الشیء إذَا وَجَبَ و ثَبَتَ». هم چنین ابن فارس در معجم مقاییس اللغه(۲) حق را به «إحکام الشیء و صحته»(۳) معنا کرده که می توان گفت ایشان هم به نوعی بین دو معنای ثبوت و وجوب تلفیق کرده که همان إحکام باشد؛ «حَقَّ الأمر» أی أحکم الامر.

منشأ پیدایش حق اعتباری و تفاوت آن با حق نفس الامری

به هر حال معنای لغوی حق ترکیبی از ثبوت و اولویت است. مُدرِک ثبوت و اولویت [برای متعلق حق] گاهی عقل نظری است؛ مانند (ذلِکَ بِأَنَّ اللَّهَ هُوَ الْحَقُّ)

۱- المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، ج۱، ص۱۴۳: الْحَقُّ: خِلَافُ البَاطِلِ و هُوَ مَصْدَرُ (حَقَّ) الشَّی ءُ مِنْ بَابَیْ ضَرَبَ و قَتَلَ إذَا وَجَبَ و ثَبَتَ و لِهَذَا یقَالُ لِمَرَافِقِ الدَّارِ (حُقُوقُهَا) و (حَقَّتِ) الْقِیَامَهُ (تَحُقُّ) مِنْ بَابِ قَتَلَ أَحاطَتْ بِالْخَلَائِقِ فَهِیَ (حَاقَّهٌ) و مِنْ هُنَا قِیلَ (حَقَّتِ) الْحَاجَهُ إذَا نَزَلَتْ و اشْتَدَّتْ فَهِیَ (حَاقَّهٌ) أَیْضاً و (حَقَقْتُ) الأَمْرَ (أَحُقُّهُ) إذَا تَیَقَّنْتُهُ أَوْجَعَلْتُهُ ثَابتاً لَازماً و فِی لُغَهِ بَنِی تَمِیم (أَحْقَقْتُهُ) بِالْأَلِفِ و حَقَّقْتُهُ بالتَّثْقِیلِ مُبَالَغَهً و (حَقِیقَهُ) الشَّی ء مُنْتَهَاهُ و أَصْلُهُ الْمُشْتَمِلُ عَلَیهِ و فُلَانٌ (حَقِیقٌ) بکذا بِمَعْنَی خَلِیقٍ وَ هُوَ مَأْخُوذٌ مِنَ الْحَقِّ الثَّابِتِ و قَوْلُهُمْ هُوَ (أَحَقُّ) بکَذَا یُسْتَعْمَلُ بِمَعْنَیَیْنِ أَحَدُهُمَا اخْتِصَاصُهُ بِذلِکَ مِنْ غَیْرِ مُشَارَکَهٍ نحوُ زَیْدٌ (أَحَقُّ) بِمَالِهِ أَیْ لَا حَقَّ لِغَیْرِهِ فِیهِ و الثَّانِی أَنْ یَکُونَ أَفْعَلَ التَّفْضِیلِ فَیَقْتَضِی اشْتِرَاکَهُ مَعَ غَیْرِهِ و تَرْجِیحَهُ عَلَی غَیْرِهِ کَقَوْلِهِمْ زَیْدٌ أَحْسَنُ وَجْهاً مِنْ فُلَانٍ و مَعْنَاهُ ثُبُوتُ الْحُسْنِ لَهُما و تَرْجِیحُهُ لِلْأَوَّلِ قَالَهُ الْأَزْهَرِیُّ و غَیْرُهُ و مِنْ هَذَا الْبَابِ. • أساس البلاغه، ص۱۳۵: قال أبو زید: حَقَ اللّهُ الأمرَ حَقّاً: أثبته و أوجبَه.

۲- معجم مقاییس اللغه سعی در پیدا کردن اصل و ریشه ی لغات دارد و بیان می کند که اولاً: این اصل صحیح است یا نه، و ثانیاً: آیا معنای اصل واحد است و برای یک معنا وضع شده یا این که متعدد و به نحو مشترک لفظی است. مثلاً درباره ی حق می گوید: «أصلٌ واحد» یعنی حق از ابتدا برای یک معنا وضع شده و اشتراک لفظی ندارد و اگر بعداً در معنای دیگری استعمال شده باشد، به مناسبت منتقل شده است.

۳- معجم مقائیس اللغه، ج ۲، ص۱۵: حق الحاء و القاف أصلٌ واحد، و هو یدل علی إحکام الشی ء و صحّته. فالحقُّ نقیضُ الباطل، ثم یرجع کلُّ فرعٍ إلیه بجَوده الاستخراج و حُسْن التّلفیق و یقال حَقَّ الشی ءُ وجَبَ.

که عقل نظری درک می کند خداوند ثابت و ضروری است و گاهی عقل عملی است؛ مانند (حَقِیقٌ عَلَی أَنْ لاَ أَقُولَ عَلَی اللّٰهِ إِلاَّ الْحَقَّ) که ثابت و واجب است (حقیقٌ) به حسب درک عقل عملی که بر خدا جز حق نگوییم. بعضی موارد هم ممکن است ترکیبی از درک عقل عملی و عقل نظری باشد، مانند «حَقَّ عَلَیْهِ کَلِمَهُ الْعَذَابِ»(۱) یعنی ثابت است تکویناً به حسب عقل نظری و سزاوار است به حسب عقل عملی. چنین حقوقی را حقوق نفس الامری می خوانیم در مقابل حقوق اعتباری که نفس الامری ندارد تا عقل نظری یا عملی آن را درک کند، بلکه صرف مواضعه و قرارداد است که انسان با نسخه برداری از تکوین و حقوق نفس الامریه، به حسب نیازها و احتیاجاتی که دارد، شبیه آن را در عالم اعتبار وضع می کند و «ثبوت» و «شایستگی و بایستگی» در همان عالم اعتبار پدید می آید.

تفاوت دیگری که حقوق اعتباری با حقوق نفس الامری دارد آن است که در حقوق اعتباری حیثیت انتفاع ذی الحق در نفس اعتبار حق لحاظ شده، لذا اگر اعتباری ثبوت و وجوب داشته باشد امّا حیثیت انتفاع ذی الحق در آن لحاظ نشده باشد، آن مقدار که ما تتبع کردیم نسبت به آن حق اعتباری صدق نمی کند، امّا در حقوق نفس الامری لازم نیست ذو الحق منتفع شود.

نکته ای که در حقوق اعتباری لازم است به خاطر خفاء آن بر بعضی مورد توجه قرار گیرد آن است که حقوق اعتباری گرچه همه اعتبارند، ولی به خاطر تفاوت معتبرهایشان با یکدیگر، هویتشان متفاوت بوده و هر اعتباری غیر از اعتبار دیگر است؛ مثلاً اعتبار حق در مثل حضانت، ولایت، شفعه، خیار و ... با هم متفاوت است؛ چراکه هر اعتباری متقوم به معتبر خود بوده نظیر مفاهیم حقیقی ذات اضافه که

۱- سوره ی زمر، آیه ی۱۹: (أَ فَمَنْ حَقَّ عَلَیْهِ کَلِمَهُ الْعَذَابِ أَ فَأَنْتَ تُنْقِذُ مَنْ فِی النّٰارِ)

بـدون متعلَق معنا ندارند؛ مثل شوق و محبّت که بدون مشـتاقٌ الیه و محبوب معنا ندارد و با تفاوت معتبر، اعتبار نیز متفاوت می شود، هر چنـد از این جهت که در همه ی این حقوق، اعتبار ثبوت شایسـته تا بایسـته و به نوعی رعایت نفع ذی الحق در آن ها لحاظ شده، در این جهت با هم مشترکند(۱) و متباین به تمام ذات نیستند.(۲)

آیا در حاق حقّ، علاوه بر لحاظ «له»، جنبه ی «علیه» نیز لحاظ شده است؟

بیان کردیم در حقوق اعتباری حیثیت «له» و انتفاع ذی الحق در نفس اعتبار حق لحاظ شـده است، سؤالی که این جا مطرح می شود آن است که آیا حیثیت «علیه» نیز در حاق حق لحاظ شده یا خیر؟

ممکن است کسـی بگوید: از کلام امیر المؤمنین علیه السـلام – در نهج البلاغه استفاده می شود حیثیت «علیه» نیز در حق لحاظ شـده؛ چون می فرمایند: هیچ حقی برای کسـی و به نفع وی جاری نشده، مگر این که علیه او نیز جاری شده است و هیچ حقی علیه کسی جاری نشده، مگر آن که برای او و به نفع او نیز جاری شده است.

أَمَّا بَعْـدُ فَقَـدْ جَعَـلَ اللَّهُ سُـبْحَانَهُ لِی عَلَیْکُمْ حَقّاً بِوِلَایَهِ أَمْرِکُمْ وَ لَکُمْ عَلَیَّ مِنَ الْحَقِّ مِثْلُ الَّذِی لِی عَلَیْکُمْ [وَ الْحَقُ] فَالْحَقُّ أَوْسَـعُ الْأَشْیَاءِ فِی

۱- بر خلاف محقق اصفهانی قدس سره – که فرمود حق در هر موردی به معنای همان مورد است و کلمه ی حق در این موارد به نحو اشتراک لفظی است.

۲- در حقـوق نفس الامـری نیز حـق احتیـاج به متعلق دارد و به تغـایر متعلقش حق نیز در آن جـا متفـاوت است و از این جهت فرقی بـا حقـوق اعتبـاری نـدارد؛ مثلاًـ در «الله حـق»، «الجنه حـق»، «النـار حـق» و ... متعلق حقوق بـا هم متفـاوت است و در غیر مشترکـات (ثبوت و وجوب) با هم تفاوت دارنـد. همچنین با سایر مفاهیم اعتباری ماننـد ملک و حکم نیز از این جهت تمایزی ندارد؛ چون ملک و حکم نیز احتیاج به متعلق دارد و با تفاوت متعلق، تفاوت پیدا می کند. (امیرخانی)

التَّوَاصُفِ وَ أَضْيَقُهَا فِی التَّنَاصُفِ(۱) لَا يَجْرِی لِأَحَدٍ إِلَّا جَرَی عَلَيْهِ(۲) وَ لَا

۱- در نسخه ی کافی چنین نقل شده است: • الكافی (ط - الإسلاميه)، ج ۸، ص۳۵۲: عَلِيُّ بْنُ الْحَسَنِ الْمُؤَدِّبُ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ خَالِدٍ وَ أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَسَنِ التَّيْمِيِّ جَمِيعاً عَنْ إِسْمَاعِيلَ بْنِ مِهْرَانَ قَالَ حَدَّثَنِی عَبْدُ اللَّهِ بْنُ الْحَارِثِ عَنْ جَابِرٍ عَنْ أَبِی جَعْفَرٍ۸ قَالَ: خَطَبَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عليه السلام - النَّاسَ بِصِفِّينَ فَحَمِدَ اللَّهَ وَ أَثْنَی عَلَيْهِ وَ صَلَّی عَلَی مُحَمَّدٍ النَّبِیِّ۹ ثُمَّ قَالَ: أَمَّا بَعْدُ فَقَدْ جَعَلَ اللَّهُ تَعَالَی لِی عَلَيْكُمْ حَقّاً بِوَلَايَهِ أَمْرِكُمْ وَ مَنْزِلَتِيَ الَّتِی أَنْزَلَنِی اللَّهُ عَزَّ ذِكْرُهُ بِهَا مِنْكُمْ وَ لَكُمْ عَلَيَّ مِنَ الْحَقِّ مِثْلُ الَّذِی لِی عَلَيْكُمْ وَ الْحَقُّ أَجْمَلُ الْأَشْيَاءِ فِی التَّوَاصُفِ وَ أَوْسَعُهَا فِی التَّنَاصُفِ لَا يَجْرِی لِأَحَدٍ إِلَّا جَرَی عَلَيْهِ وَ لَا يَجْرِی عَلَيْهِ إِلَّا جَرَی لَهُ وَ لَوْ كَانَ لِأَحَدٍ أَنْ يَجْرِيَ ذَلِكَ لَهُ وَ لَا يَجْرِيَ عَلَيْهِ لَكَانَ ذَلِكَ لِلَّهِ عَزَّ وَ جَلَّ خَالِصاً دُونَ خَلْقِهِ ... . • مرآه العقول فی شرح أخبار آل الرسول، ج ۲۶، ص۵۱۷: الحديث ضعيف بعبد الله بن الحارث، و أحمد بن محمد معطوف علی علی بن الحسن و هو العاصمی، و التيمی هو ابن فضال، و قل من تفطن لذلک ... . قوله عليه السلام -: «و الحق أجمل الأشياء فی التواصف» أی وصفه جميل، و ذكره حسن، يقال: تواصفوا الشی ء أی وصف بعضهم لبعض، و فی بعض النسخ [التراصف] بالراء المهمله و التراصف تنضيد الحجاره بعضها ببعض أی أحسن الأشياء فی إحكام الأمور و إتقانها «و أوسعها فی التناصف» أی إذا أنصف الناس بعضهم لبعض فالحق يسعه و يحتمله، و لا يقع للناس فی العمل بالحق ضيق. و فی نهج البلاغه «فالحق أوسع الأشياء فی التواصف، و أضيقها فی التناصف» أی إذا أخذ الناس فی وصف الحق و بيانه كان لهم فی ذلک بحال واسع لسهولته علی ألسنتهم، و إذا حضر التناصف بينهم فطلب منهم ضاق عليهم المجال لشده العمل بالحق و صعوبه الإنصاف. • شرح الكافی (للمولی صالح المازندرانی)، ج ۱۲، ص۴۷۷: قوله (و الحق أجمل الاشياء فی التواصف) أی فی أن يصفه بعضهم لبعض و يذكر كل واحد للآخر نعته لينشر و يرغب فيه (و أوسعها فی التناصف) أی فی انصاف بعضهم بعضا من نفسه و العمل به فان فيه سعه العيش و حسن النظام و فی نهج البلاغه «أوسع الاشياء فی التواصف و أضيقها فی التناصف» معناه أنه اذا أخذ الناس فی وصف الحق و بيانه كان لهم فی ذلک مجال واسع لسهولته علی ألسنتهم و اذا حضر التناصف بينهم فطلب منهم ضاق عليهم المجال لشده العمل بالحق و صعوبه الانصاف به لاستلزام ترک بعض المطالب المحبوبه لهم، ثم اكد ما سبق بان سنه اللّه جاريه علی أن من له حقا علی الغير كان لذلک الغير أيضا حق عليه فقال ... .

۲- شرح الكافی (للمولی صالح المازندرانی)، ج ۱۲، ص۴۷۷: (لا يجری لاحد إلا جری عليه و لا يجری عليه ان جری له) أشار بالحصر الاول الی أن كون الحق لاحد لا يفارق من كونه عليه، و بالحصر الثانی الی عكس ذلک ليفيد التلازم بين الحقين تسكينا لنفوسهم بذكر الحق لهم و توطينا لها علی الوفاء به اذ هو لا يترک حقهم فيجب أن لا يتركوا حقه ثم أثبت الحصرين بقياس شرطی استثنی نقيض تاليه لينتج نقيض مقدمه و هو (لو كان لاحد أن يجری ذلک) أی الحق له (و لا يجری عليه لكان ذلک للّه عز و جل خالصا دون خلقه) اذ الخلق لعجزهم يحتاج كل واحد الی الاخر فلا محاله اذا كان لاحدهم حق علی الغير كان للغير أيضا حق عليه و تبين الملازمه. قوله (لقدرته علی العباد) فيقدر علی ابقائهم و افنائهم و أخذ حقه و الانصاف منهم و ليس لهم أن يقولوا لا نعطی حقک حتی تعطی حقنا، فيقال لهم أی حق لكم عليه و أنتم و كل مالكم من حقوقه عليكم (و لعدله فی كل ما جرت عليه ضروب قضائه) مثل الفقر و المصيبه و المرض و أمثالها فان القضاء بجميع ذلک مصلحه و حق عليهم و ليس لهم فی مقابله حق عليه و أيضا هو عادل يفعل ما ينبغی فلو أجری أن له حقا عليهم لا عليه لكان عدلا، ثم أشار

الى استثناء نقيض التالي باستثناء ملزومه.

يَجْرِى عَلَيْهِ إِلَّا جَرَى لَهُ وَ لَوْ كَانَ لِأَحَدٍ أَنْ يَجْرِىَ لَهُ وَ لَا يَجْرِىَ عَلَيْهِ لَكَانَ ذَلِكَ خَالِصاً لِلَّهِ سُبْحَانَهُ دُونَ خَلْقِهِ.(۱)

همانا خداوند متعال حقی را برای من بر عهده ی شما قرار داده که همان ولایت امر شماست و برای شما هم حقی بر عهده ی من است مثل حقی که من بر شما دارم. حق وسیع ترین أشیاء هنگام وصف است [سخن گفتن درباره ی حق آسان است] و محدودترین اشیاء در مرحله ی انصاف است [کمتر کسی به آن عمل می کند]. حق به نفع کسی جاری نمی شود مگر

۱- نهج البلاغه (للصبحی صالح)، خطبه ی۲۱۹، ص۳۳۲: أَمَّا بَعْدُ فَقَدْ جَعَلَ اللَّهُ سُبْحَانَهُ لِی عَلَيْكُمْ حَقّاً بِوِلَايَةِ أَمْرِكُمْ وَ لَكُمْ عَلَيَّ مِنَ الْحَقِّ مِثْلُ الَّذِی لِی عَلَيْكُمْ- [وَ الْحَقُ‏] فَالْحَقُّ أَوْسَعُ الْأَشْيَاءِ فِی التَّوَاصُفِ وَ أَضْيَقُهَا فِی التَّنَاصُفِ لَا يَجْرِی لِأَحَدٍ إِلَّا جَرَى عَلَيْهِ وَ لَا يَجْرِی عَلَيْهِ إِلَّا جَرَى لَهُ وَ لَوْ كَانَ لِأَحَدٍ أَنْ يَجْرِيَ لَهُ وَ لَا يَجْرِيَ عَلَيْهِ لَكَانَ ذَلِكَ خَالِصاً لِلَّهِ سُبْحَانَهُ دُونَ خَلْقِهِ لِقُدْرَتِهِ عَلَى عِبَادِهِ وَ لِعَدْلِهِ فِی كُلِّ مَا جَرَتْ عَلَيْهِ صُرُوفُ قَضَائِهِ وَ لَكِنَّهُ سُبْحَانَهُ جَعَلَ حَقَّهُ عَلَى الْعِبَادِ أَنْ يُطِيعُوهُ وَ جَعَلَ جَزَاءَهُمْ عَلَيْهِ مُضَاعَفَةَ الثَّوَابِ تَفَضُّلًا مِنْهُ وَ تَوَسُّعاً بِمَا هُوَ مِنَ الْمَزِيدِ أَهْلُه.

این که علیه او هم جاری شده است، هم چنین علیه کسی جاری نمی شود مگر این که به نفع او هم جاری شده است. و اگر حقی باشد که به نفع کسی جاری باشد امّا علیه او جاری نباشد، اختصاص به خداوند متعال دارد.

در پاسخ می گوییم: حضرت با این کلام تنها در مقام بیان آثار حق هستند و توضیح این که اگر من بر شما حق دارم شما نیز بر من حق دارید و کلاً هر جا کسی حقی دارد علیه او نیز حقی وجود دارد، ولی در صدد این نیستند که بفرمایند این در حاق حق لحاظ شده است.

بعضی هم گفته اند: هر جا که حقی برای کسی اعتبار می شود، دیگران نسبت به آن «علیه الحق» محسوب می شوند؛ مثلاً حق تحجیر که برای محجِّر است، این حق «علیه» دیگران است؛ چون آنان را از مزاحمت با ذی الحق منع می کند.

در پاسخ می گوییم: بله! لازمه ی چنین حقی برای محجِّر آن است که دیگران نمی توانند مزاحمت در مقابل حق او که آباد کردن آن زمین است ایجاد کنند، ولی این در حاقّ اعتبار حق لحاظ نشده و در ذات و ماهیت حق نهفته نیست. بلکه فقط از لوازم اعتبار حق برای ذی الحق است. بنابراین در حاقّ حق علاوه بر ثبوت شایسته تا بایسته، فقط حیثیت نفع ذی الحق لحاظ شده و چیز دیگری لحاظ نشده است.

با روشن شدن ماهیت حق که عبارتست از: «ثبوت شایسته تا بایسته که به نوعی منفعت برای ذی حق داشته باشد» فرق آن با ملك و حکم نیز مشخص می شود.

تفاوت بین حق و ملک

ملك وقتی به چیزی تعلق می گیرد آن شیء به تمام هویتش متعلق به مالك می شود؛ یعنی هم اصل وجود و هم تقلبات در آن چه تکوینی و چه اعتباری متعلق به مالك است و هیچ استثنائی [الا ما خرج بالدلیل] ندارد. به خلاف تعلق

حق به فعل یا شیء که تمام هویت آن متعلق به ذی الحق نمی شود، بلکه حیثی است؛ یعنی از حیثی دون حیث دیگر تعلّق به ذی الحق پیدا می کند که می توانیم از آن تعبیر به ملکیت حیثی کنیم.

به عنوان مثال زمینی که ملک مالک است، آن زمین به تمام هویتش اعم از ذات و جمیع تقلبات در آن متعلق به اوست، لذا می تواند بفروشد، اجاره دهد، شخم بزند، ساختمان بنا کند و ... امّا اگر فقط حق عبور و مرور زمینی را داشته باشد، آن زمین از حیث عبور و مرور ملک اوست و فقط می تواند از آن عبور کند یا اگر زمینی را تحجیر کرده و حق تحجیر پیدا کرد، فقط مالک إحیاء آن می شود و تقلبات دیگر مانند فروش زمین، نگه داری بدون إحیاء و ... نمی تواند داشته باشد.

همچنین در ملکیت عبد، تمام هویت، آثار و تقلبات آن عبد الا ما خرج بالدلیل متعلق به مولاست؛ چنان که آیه ی شریفه می فرماید: (عَبْداً مَمْلُوكاً لا يَقْدِرُ عَلى شَيْ ءٍ)(۱)؛ یعنی عبد مستقلاً هیچ قدرتی ندارد، هر چه هست متعلق به مولایش است، امّا در حق ولایت أب، جد، وصی و حاکم این طور نیست که مولّی علیه با تمام هویتش تحت اختیار ولیّ باشد و هر کاری خواست بتواند با او انجام دهد؛ مثلاً بفروشد یا ...، بلکه فقط از حیث اداره و تمشیت زندگانی او مالک است و می تواند دخالت کند.

و نیز در حق خیار، من له الخیار فقط از حیث امضاء یا فسخ معامله بر عقد تسلط دارد و مالک است. در حقوقی مثل حق همسایه هم از حیث مثلاً احترام

۱- سوره ی مبارکه ی نحل، آیه ی ۷۵: (ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلاً عَبْداً مَمْلُوكاً لا يَقْدِرُ عَلى شَيْ ءٍ وَ مَنْ رَزَقْناهُ مِنَّا رِزْقاً حَسَناً فَهُوَ يُنْفِقُ مِنْهُ سِرًّا وَ جَهْراً هَلْ يَسْتَوُونَ الْحَمْدُ لِلَّهِ بَلْ أَكْثَرُهُمْ لا يَعْلَمُونَ)

مالک است، لـذا می توانـد آن را طلب کند و در صورت عدم رعایت اعتراض کند چرا احترام نکردید؟! چرا به من رسیدگی نکردید؟! و ... .

بنـابراین گرچه معنـای ملک با حق متفاوت است، ولی در همه ی مواردی که حق صادق است ملک حیثی نیز صادق است و با هم تسـاوق دارنـد، لـذا اگر مراد قـائلین به این که حق مرتبه ی ضـعیف ملک است این باشـد که حق، ملک حیثی است، مورد پذیرش است، هر چند ظاهر کلامشان آن است که همان رابطه ی شدید ملکی بین مالک و مملوک که به صورت مطلق است؛ نه حیثی بین ذی الحق و متعلق حق نیز وجود دارد، امّا به نحو ضعیف تر.

بنابراین به طور خلاصه می توان تفاوت حق و ملک را این چنین بیان کرد که:

۱. در ملک، تعلق مملوک به مالک مطلق است، ولی در حق، تعلق متعلق حق به ذی الحق حیثی است.

۲. ملـک، قـابلیت إعراض و نقـل و انتقـال دارد، ولی حق، فقط زمینه و اسـتعداد اسـقاط و نقل و انتقال دارد، امّا این که بالفعل قـابلیت داشـته باشـد در ماهیت حق نهفته نیست، برخلاف بعضـی که قائلنـد قابلیت فعلی اسـقاط لازمه ی حتمی و لاینفک حق است.

امّا در مورد فارقی که سید خویی قدس سره - بین ملک و حق فرمودند که ملک، هم به عین تعلق می گیرد و هم به فعل، ولی حق فقـط به فعـل تعلق می گیرد، می گوییم: در بیشـتر موارد، حق به فعـل تعلق می گیرد، ولی در بعضـی موارد ممکن است به عین نیز تعلق گیرد(۱) و مانعی ندارد، لذا با اطمینان نمی توان گفت حق مطلقاً به عین تعلق نمی گیرد.

۱- ماننـد حق تحجیر که تحجیر گرچه فعـل است، ولی سـبب و منشأ حق است؛ نه متعلق حق. حق به خود زمین تعلق گرفته که عین است. (امیرخانی)

در این جا مناسب است به این نکته توجه شود که حق گاهی به «من له الحق» نسبت داده می شود مانند حق ابوّت و حق ولایت، گاهی به سبب و منشأ حق نسبت داده می شود مانند حق تحجیر و گاهی به متعلق حق نسبت داده می شود مانند حق فسخ، حق شفعه و ... که این نباید منشأ اشتباه شود.

تفاوت بین حق و حکم

حکم از حیث حکم بودن صرف اعتبار است که شایستگی و بایستگی و تعلق به نفع کسی در هویّت آن ذاتاً لحاظ نمی شود، گرچه ممکن است آن حکم به حمل شایع به نفع کسی باشد مثل ملک و نیز بایسته و شایسته به حمل شایع باشد. این اعتبار گاهی به نحو تکلیفی است مانند وجوب، حرمت، استحباب، کراهت و اباحه، که وجوب به معنای اعتبار ضرورت، حرمت به معنای اعتبار حرمان، استحباب به معنای اعتبار شایستگی و ... است. گاهی نیز به صورت وضعی است مانند زوجیت، قضاوت، ملکیت(۱) و ... . بنابراین به طور کلی می توان فرق حق و حکم را که حق به منزله ی نوع و حکم به منزله ی جنس آن است این چنین بیان کرد:

۱. در حاق حق، همیشه ثبوت و شایستگی و بایستگی لحاظ شده، بر خلاف حکم که این چنین نیست و حتی در حکم وجوبی و استحبابی هم که حکم خاص است ضرورت در متعلق وجوب و شایستگی در متعلق استحباب اخذ شده است؛ نه در خود حکم؛ یعنی در خود حکم لحاظ نشده که این اعتبار ضرورت و شایستگی، ضرورت یا رجحان دارد. بله ما می دانیم حاکم حکیم بدون ملاک، اعتبار ضرورت یا شایستگی نمی کند و احکام تابع مصالح است، امّا این در

۱- و اگر در ملک که حکم وضعی است حتی نفع مالک لحاظ شده باشد، به عنوان ملک که حکم خاص است می باشد؛ نه به عنوان حکم بما هو حکم.

حاق حکم لحاظ نشده است. بر خلاف حق که در حاق آن لحاظ شده که نفسِ اعتبار شایستگی و بایستگی، ضرورت یا رجحان دارد.

۲. در حاق حق، حیثیت نفع ذی الحق لحاظ شده است، بر خلاف حکم بما هو حکم.

۳. حق، زمینه و استعداد اسقاط و نقل [با عقد] و انتقال [با ارث] را دارد؛ چون حیثیت نفع ذی الحق در آن لحاظ شده است، ولی حکم بما هو حکم اصلاً زمینه ی اسقاط و نقل و انتقال ندارد؛ چون حیثیت نفع در آن لحاظ نشده و مربوط به شخص نیست، بلکه مربوط به موضوعش است که اگر موضوعش محقق شد آن حکم هم فعلی می شود و اثرش آن است که متناسب با آن باید رعایت شود احکام تکلیفی باید امتثال شود و در احکام وضعی باید احکام مترتب بر آن مورد عنایت قرار گیرد و اگر موضوع حکم محقق نشد حکم فعلی نیست. بله موضوع حکم ممکن است توسط مکلّف عوض شود؛ مثلاً متوطّن به سفر رود و موضوعِ نمازِ تمام را تغییر دهد، ولی این به معنای اسقاط حکم نیست.

بلی در مورد ملک سخنی وجود دارد که بعداً به آن خواهیم پرداخت و نهایت آن است که از میان احکام وضعیه ملک قابلیت اعراض دارد، ولی این نه بما هو حکمٌ بل بما هو حکمٌ خاصٌ است.

شک بین حق و حکم

بعد از تبیین حقیقت حق و حکم و تفاوت آن دو، دیگر اشتباه مفهومی بین این دو اتفاق نمی افتد، فقط از لحاظ مصداقی ممکن است اشتباه شود(۱) به این صورت که در دلیل اعتبار و جعل شک شود که اعتبار به نحو حق جعل شده تا قابلیت (زمینه) اسقاط و نقل و انتقال داشته باشد یا به نحو حکم جعل شده که قابلیت اسقاط و نقل و انتقال ندارد.

در این جا اگر بتوانیم از خود دلیل هر چند به مناسبت حکم و موضوع استفاده کنیم به نحو حق جعل شده یا حکم، به آن تمسک می کنیم و الا باید به عمومات و اطلاقات دیگر یا اصول عملیه رجوع کنیم.

البته اگر شک بین حکم و اصل حق باشد مثلاً جواز رجوع در هبه آیا به نحو حکم است یا به نحو حق محض(۲) از آن جا که اثر عملی ندارد، اصل عملی هم جاری نیست؛ زیرا همان طور که بیان کردیم حق ملازم با قابلیت اسقاط و نقل و انتقال بالفعل نیست، بلکه فقط زمینه و استعداد اسقاط و نقل و انتقال دارد، بنابراین چه به نحو حکم باشد و چه به نحو حق محض تأثیر عملی ندارد.

پس در صورتی که شک بین حق و حکم اثر عملی داشت؛ یعنی در شک بین حکم و حقی که قابل اسقاط، قابل نقل یا قابل انتقال است، می توان به اصول عملیه رجوع کرد که در این جا استصحاب عدم تأثیر اسقاط و عدم تحقق نقل و عدم تأثیر موت در انتقال جاری می شود. مثلاً ـ اگر در جواز أکل مارّ شک شد که آیا به نحو حکم است یا حقی که قابلیت اسقاط و نقل و انتقال دارد، استصحاب

۱- اشتباه مصداقی بین «حق» و «ملک» اگر اتفاق بیافتد بسیار نادر است.

۲- منظور از حق محض چیست؟ آیا می دانیم که قابلیت اسقاط و نقل و انتقال ندارد یا نمی دانیم؟ یا اصلاً قابلیت و عدم قابلیت اسقاط و نقل و انتقال آن مغفولٌ عنه است؟ (امیرخانی)

عدم تأثیر اسقاط و عدم تحقق نقل و عدم تأثیر موت در انتقال جاری می شود(۱) و اگر این استصحاب ها جاری نبود استصحاب جواز اکل برای مارّ که استصحاب مسبّبی(۲) است جاری می شود.(۳)

مهم بررسی حکم شک در قابلیت یا عدم قابلیت اسقاط و نقل و انتقال حقوق است؛ یعنی بعد از احراز این که اعتباری به نحو حق است و شک شد در این که آیا قابلیت اسقاط و نقل و انتقال دارد یا خیر، مرجع چیست؟

قبل از بررسی آن، اقسامی را که سید یزدی قدس سره - برای حقوق از حیث قابلیت و عدم قابلیت اسقاط و نقل و انتقال بیان کرده، ذکر می کنیم:

اقسام حقوق در کلام سید یزدی قدس سره -

سید یزدی قدس سره - حقوق را از حیث قابلیت و عدم قابلیت اسقاط و نقل و انتقال در شش قسم إحصاء کرده که عبارتند از:(۴)

۱- یعنی شک می کنیم مارّ با گفتن «أسقَطتُ حقی» حقش ساقط شد یا خیر، استصحاب عدم تأثیر اسقاط جاری می شود. یا شک می کنیم مارّ با فروش حق خود به دیگری، آیا حقش به او منتقل شد یا خیر، استصحاب عدم تحقق نقل جاری می شود. یا شک می کنیم با موت وی این حق به ورثه اش منتقل شد [تا ورثه بتواند علاوه بر حق مارّی که خود پیدا می کند حق مارّی را نیز با ارث داشته باشد] یا خیر، استصحاب عدم تأثیر موت در انتقال جاری می شود. (امیرخانی)

۲- به این صورت که قبل از اسقاط یا نقل، جواز أکل برای مارّ وجود داشت، شک می کنیم با اسقاط یا نقل این جواز از بین رفت یا خیر، استصحاب جواز أکل جاری می شود. البته این استصحاب در صورتی جاری می شود که استصحاب عدم تأثیر اسقاط و استصحاب عدم تحقق نقل جاری نباشد و الا نوبت به آن نمی رسد؛ چون جواز أکل مارّ مسبّب از عدم تأثیر اسقاط و عدم تحقق نقل است.

۳- در صورتی هم که مردّد باشد بین حکم یا حقی که نمی دانیم قابلیت اسقاط و نقل و انتقال دارد یا خیر، این استصحاب ها جاری است. (امیرخانی)

۴- حاشیه المکاسب (للیزدی)، ج ۱، ص۵۶: و أمّا الحقوق فهی بحسب صحّه الإسقاط و النّقل بعوض أو بلا عوض و الانتقال القهری بإرث و نحوه أقسام فمنها ما لا ینتقل بالموت و لا یصحّ إسقاطه و لا نقله و قد عدّ من ذلک حقّ الأبوّه و حقّ الولایه للحاکم و حقّ الاستمتاع بالزّوجه و حقّ السّبق فی الرّمایه قبل تمام النّضال و حقّ الوصایه و نحو ذلک و یمکن أن یقال إنّها أو جمله منها من الأحکام لا من الحقوق. و منها ما یجوز إسقاطه و لا یصحّ نقله و لا ینتقل بالموت أیضا کحقّ الغیبه أو الشتم أو الأذیّه بإهانه أو ضرب أو نحو ذلک بناء علی وجوب إرضاء صاحبه و عدم کفایه التّوبه. و منها ما ینتقل بالموت و یجوز إسقاطه و لا یصحّ نقله کحقّ الشّفعه علی وجه. و منها ما یصحّ نقله و إسقاطه و ینتقل بالموت أیضا کحقّ الخیار و حقّ القصاص و حقّ الرّهانه و حقّ التحجیر و حقّ الشّرط و نحو ذلک. و منها ما یجوز إسقاطه و نقله لا ـ بعوض کحقّ القسم علی ما ذکره جماعه کالعلّامه فی القواعد علی ما حکی عنه و الشّهید فی اللمعه حیث قال و لا یصحّ الاعتیاض عن القسم بشی ء من المال و حکی

عن الشيخ أيضا و لكن فيه ما لا يخفى فإنّه مضافا إلى ورود النّصّ به كخبر على بن جعفر عليه السلام - المتقدّم لا وجه له إلّا دعوى أنّ المعوّض و هو كون الرّجل عندها أعنى عند الموهوبه و هى الضّرّه للواهبه ممّا لا يقابل بالمال و فيه منع واضح. و منها ما هو محلّ الشّكّ فى صحّه الإسقاط أو النّقل أو الانتقال و عدّ من ذلك حقّ الرّجوع فى العدّه الرّجعيّه و حقّ النّفقه فى الأقارب كالأبوين و الأولاد و حقّ الفسخ بالعيوب فى النّكاح و حقّ السّبق فى إمامه الجماعه و حقّ المطالبه فى القرض و الوديعه و العاديه و حقّ العزل فى الوكاله و حقّ الرّجوع فى الهبه و حقّ الفسخ فى سائر العقود الجائزه كالشّركه و المضاربه و نحوهما إلى غير ذلك و أنت خبير بأنّ جمله من ذلك من باب الحكم. ثمّ إنّ تحقيق الحال فى كلّ واحد من هذه المذكورات و أمثالها موكول إلى بابه و الّذى يناسب المقام بيان مقتضى القاعده فى ما لم يثبت من الخارج جواز إسقاطه أو نقله فنقول لا يخفى أنّ طبع الحقّ يقتضى جواز إسقاطه و نقله لأنّ المفروض كون صاحبه مالكا للأمر و مسلّطا عليه فالمنع إمّا تعبّدى أو من جهه قصور فى كيفيّته بحسب الجعل و الأوّل واضح و الثّانى كأن يكون الحقّ متقوّما بشخص خاصّ أو عنوان خاص كحقّ التّوليه فى الوقف و حقّ الوصايه و نحوهما فإنّ الواقف أو الموصى جعل الشّخص الخاصّ من حيث إنّه خاصّ موردا للحقّ فلا يتعدّى عنه و كولايه الحاكم فإنّها مختصّه بعنوان خاصّ لا يمكن التّعدى عنه إلى عنوان آخر و مثل حقّ المضاجعه بالنّسبه إلى غير الزّوج و الزّوجه و كحقّ الشفعه بالنّسبه إلى غير الشّريك و هكذا فإنّ شكّ فى كون شى ء حقّا أو حكما فلا يجوز إسقاطه و لا نقله و إن علم كونه حقّا و علم المنع التّعبدى أو كون الشّخص أو العنوان مقوما فلا إشكال أيضا. و إن شكّ فى المنع فمقتضى العمومات صحّه التّصرّفات فيه و كذا إن شكّ فى كون الشخص أو النّوع مقوما بحسب الجعل الشّرعى بعد إحراز القابليّه بحسب العرف بحيث يكون الشّخص موردا عندهم لا مقوما فإنّ مقتضى العمومات من قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ و قوله عليه السلام - الصّلح جائز و المؤمنون عند شروطهم بل فحوى قوله عليه السلام - لنّاس مسلّطون على أموالهم و نحو ذلك صحّه التّصرّفات فيه بعد فرض صدق عناوينها نعم مع الشك فى إحراز القابليّه العرفيّه بحيث يرجع إلى الشّك فى صدقها لا يمكن التّمسّك بها.

۱) «ما لا ینتقل بالموت و لا یصحّ إسقاطه و لا نقله»؛ حقوقی که نه با موت ذی الحق، به ورثه منتقل می شود و نه با اسقاط و گفتن «اَسقطتُ حقی» ساقط می شود و نه با نقل آن [تحت یکی از عقود] به دیگری منتقل می شود. مانند حق أبوت، حق ولایت حاکم، حق استمتاع زوج از زوجه و نظایر این حقوق.

البته ممکن است کسی بگوید بعض این امثله از احکام است؛ نه حقوق یا مرحوم امام قدس سره - در مورد ولایت فرمودند: ولایت، اعتباری است در کنار حق، هرچند به نظر می آید که ولایت، اعتباری حقی است و زیر مجموعه ی حق قرار می گیرد؛ چنان که نص نهج البلاغه(۱) و موارد دیگر بر آن دلالت می کند ولی به هر حال اگر حق باشد، قابلیت اسقاط و نقل و انتقال را ندارد.

۲) «ما یجوز إسقاطه و لا یصحّ نقله و لا ینتقل بالموت أیضا»؛ حقوقی که قابلیت اسقاط دارد امّا قابلیت نقل و انتقال ندارد، مانند «حقّ الغیبه أو الشتم أو الأذیّه بإهانه أو ضرب أو نحو ذلک» یعنی به نظر سید قدس سره - وقتی کسی مورد غیبت واقع می شود، مغتاب (بالفتح) حقی بر غیبت کننده (مغتاب بالکسر) پیدا می کند که از او طلب حلّیت شود، هم چنین مشتوم بر شاتم حقی دارد که شاتم طلب رضایت از او کند، مرحوم سید می فرماید: این حقوق قابل اسقاط است و ذی الحق می تواند بگوید من حق طلب حلّیت را اسقاط کردم، امّا قابل نقل نیست و با موت ذی الحق نیز به ورثه منتقل نمی شود.

۱- نهج البلاغه (للصبحی صالح)، خطبه ی۲۱۹، ص۳۳۲: أَمَّا بَعْدُ فَقَدْ جَعَلَ اللَّهُ سُبْحَانَهُ لِی عَلَیْکُمْ حَقّاً بِوِلَایَهِ أَمْرِکُمْ وَ لَکُمْ عَلَیَّ مِنَ الْحَقِّ مِثْلُ الَّذِی لِی عَلَیْکُمْ ... .

البته در مورد غیبت حداقل به گونه ی دیگری هم می توان حق را بیان کرد و آن این که: یکی از حقوق مسلمان این است که غیبت نشود، امّا اگر کسی بگوید راضی هستم غیبت من را بکنید و این حق را اسقاط بکند، بنابر احتمالی غیبت جایز است، هر چند ما در بحث غیبت این قول را نپذیرفتیم و بیان کردیم رضایت مغتاب (بالفتح) مجوز برای ارتکاب غیبت حرام نیست، مگر این که ممکن است در مواردی موضوع غیبت را منتفی کند.(۱)

۱- مقالات فقهی (۳) بررسی گسترده ی فقهی غیبت، ص۴۹۹ ۴۹۵: آیا رضایت مغتاب (بالفتح) موجب حلّیت غیبت می شود؟ گاهی از بعضی شنیده می شود که می گویند هر کسی مرتکب غیبت من شود رضایت دارم. گاهی هم برخی اهل علم می گویند: آقا! اجازه می دهید غیبت شما کنیم؟ یا بناست بعداً غیبت شما کنیم، راضی باشید. اگر رضایت، بعد از غیبت باشد معلوم است که عمل پسندیده ای است، اما اگر قبل از عمل باشد آیا این رضایت موجب سقوط حرمت غیبت می شود؟ البته فرض کلام در مواردی است که ابراز رضایت مغتاب (بالفتح) جایز باشد، اما در جایی که ابراز رضایت جایز نباشد (مثل موارد قذف) بود و نبود رضایت، تأثیری ندارد. پس فرض کلام در مواردی است که رضایت جایز است؛ مثلاً کسی درباره ی عیب دنیوی مستور خود، به بعضی می گوید اگر شما این عیب مرا بگویید راضی هستم. آیا این رضایت، برای جواز غیبت کافی است؟ در پاسخ این پرسش، عرض می کنیم: دو صورت دارد. صورت اول؛ مغتاب راضی است، امّا در عین حال، ناراحت هم می شود. مثل این که یکی از بستگانش، مال او را تصرّف کند، ناراحت می شود، گریه هم می کند، ولی می گوید: من روز قیامت، به خاطر این کار مؤاخذه ات نمی کنم. پس رضایت به این معناست که حاضر نیست به خاطر غیبت او، کسی به جهنّم برود. در رضایت به این معنا می گوییم مادامی که موضوع غیبت با وجود رضایت باقی باشد، یعنی «کشف عما ستره الله» صدق کند، وجهی برای سقوط حرمت آن وجود ندارد، مگر دو بیان که باید بررسی شود: بیان اول: استحلال از غیبت واجب است و بعضی روایات بر آن دلالت دارد. پس معلوم می شود «غیبت» [نکردن] حق مغتاب (بالفتح) است و با رضایت او حرمتش ساقط می شود. مانند حرمت تصرّف در مال مؤمن که اگر راضی به تصرّف باشد و اذن تصرّف بدهد، حرمتش ساقط می شود «لایحل لأحد أن یتصرف فی مال أخیه إلا باذنه». پس در مورد عِرض هم می گوییم: «لایحلّ لاحد أن یغتاب مؤمناً إلا بإذنه». نقد بیان اول: از آن جایی که وجوب استحلال برای ما ثابت نشد و آن روایات از لحاظ دلالت یا سند، تام نبود، پس از این طریق نمی توانیم بگوییم با رضایت، حرمت غیبت ساقط می شود. علاوه این که هر حق الناسی با اسقاط، ساقط نمی شود. گرچه برخی حقوق الناس با اسقاط، ساقط می شود، ولی این کلیت ندارد. حتی می توان گفت: گاهی خود طرف ذی حق هم حق ندارد ابراز رضایت کند؛ زیرا عمل مرضیّ او، موجب ذلّت و حطّ شأن او نزد مردم می شود. در حالی که عِرض مؤمن، توسط هر کسی از جمله خودش باید حفظ شود. چندین روایت به این مضمون هست که در بین آن ها روایت معتبر هم داریم، از جمله: روایت سماعه: (الکافی، ج ۵، ص۶۳) «عِدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عُثْمَانَ بْنِ عِیسَی عَنْ سَمَاعَةَ قَالَ: قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام - إِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَ جَلَّ فَوَّضَ إِلَی الْمُؤْمِنِ أُمُورَهُ کُلَّهَا وَ لَمْ یُفَوِّضْ إِلَیْهِ أَنْ یُذِلَّ نَفْسَهُ، أَلَمْ تَسْمَعْ لِقَوْلِ اللَّهِ عَزَّ وَ جَلَّ (وَ لِلَّهِ الْعِزَّةُ وَ لِرَسُولِهِ وَ لِلْمُؤْمِنِینَ)؟ فَالْمُؤْمِنُ یَنْبَغِی أَنْ یَکُونَ عَزِیزاً وَ لَا یَکُونَ ذَلِیلًا یُعِزُّهُ اللَّهُ بِالْإِیمَانِ وَ الْإِسْلَامِ»؛ پس اگر کسی عیبی مخفی حتی دنیایی تا چه رسد به دینی داشته باشد که ذکر آن موجب ذلّت نفس مغتاب (بالفتح) گردد، چنین ذکری جایز نیست. حتی خود صاحب عیب هم حق ندارد چنین عیبی را ابراز کند؛ مثلاً گناهی مرتکب شده است، باید آن را

بپوشانـد و مخفی کنـد و حق ابراز آن را نـدارد. بیـان دوم: ادلّه ی حرمت غیبت از صورتی که مغتـاب (بالفتـح) راضـی باشـد، منصـرف است. نقد بیان دوم: وجهی برای این انصـراف وجود ندارد و ادلّه ی حرمت، مادامی که «کشف عمّا ستره الله» صادق باشـد، شـاملش می شود. پس در صورت اول، رضـایت مغتـاب نمی توانـد موجب سـقوط حرمت شود؛ زیرا اطلاـق (لاـ يَغتَبْ بَعضُـكُم بَعضـاً)، شامـل چنین فردی هم می شود. چون فرض این است که مغتـاب نـاراحت هم می شود، ذکر عیب مسـتور هم هست، پس مقوّمـات غیبت فراهم است. نهـایت این که در قیـامت طلبکار نیست، ولی این مجوّز غیبت نمی شود. صورت دوم؛ رضـایت مغتـاب کاملاًـ از طیب خاطر باشـد؛ یعنی با گفتن دیگری هیـچ ضـربه ای به او نمی خورد وماننـد آن است که گفتن دیگری و نگفتن او حداقل نسـبت به شـخص غیبت شونده مساوی است. به عنوان مثال یک شـخصِ با روحیه ای است که چند کلمه پشت سـر او حرف زدن تـأثیری در او نـدارد. قول به حرمت این فرض مشـکل است؛ زیرا همـان گونه که قبلاًـ گفـتیم ما اطلاـقی در مورد غیبت نـداریم و بایـد قـدر متیقّن هـا را أخـذ کنیم. از آن جا که بسـیاری از لغویین، تعریف غیبت را «ذکرك أخاك بما يسوءه» یا «أن يـذكر الانسان خلفه بما يسوءه» ذکر کردنـد؛ یعنی ذکری که طرف را ناراحت می کند و فرض ما این است که واقعاً طیب خاطر دارد و ناراحت نمی شود، مشـکل است ملتزم به حرمت چنین فرضـی باشـیم؛ چون از اول نمی دانیم واقعاً این فرض مشـمول غیبت می شود یـا نه. بنـابراین، هرچنـد احتیـاط، اجتناب از این موارد است ولی با این قیـد، دیگر نمی توانیم حکم به حرمت کنیم.

۳) «ما ينتقل بالموت و يجوز إسقاطه و لا يصحّ نقله»؛ حقوقی که با موت منتقل می شود و اسقاط آن هم جایز است امّا نقل آن جایز نیست، مانند حق شفعه بنابر وجهی.

۴) «ما يصحّ نقله و إسقاطه و ينتقل بالموت أيضا»؛ حقوقی که هم قابلیت نقل و اسقاط دارد و هم با موت منتقل می شود، مانند حق خیار، حق قصاص، حق رهانه، حق تحجیر، حق شرط و ... .

۵) «ما يجوز إسقاطه و نقله لا بعوض»؛ حقوقی که اسقاط و نقل آن بدون عوض جایز است، مانند حق قَسْم که زوجه حق هم خوابی خودش در هر چهار شب یک بار را می تواند اسقاط کند یا به زوج بدون عوض(۱) بنابر نظر بعضی منتقل کند.

۶) «ما هو محلّ الشّکّ فی صحّه الإسقاط أو النّقل أو الانتقال»؛ حقوقی که در صحت اسقاط و نقل و انتقال آن شک وجود دارد، مانند حق رجوع در عدّه ی

۱- ولی روایت صحیحه ای در مورد حق قَسْم وارد شده که حداقل ظاهر بدوی آن چنین است که زوجه می تواند حق قَسْم خود را با عوض منتقل کند: • وسائل الشیعه، ج ۲۱، کتاب النکاح، أبواب القسم و النشوز، باب۶، ح۲، ص۳۴۴ و تهذیب الاحکام، ج۴، ص۴۷۴ و مسائل علی بن جعفر، ص۱۷۴: وَ [مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَن] بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ يَحْيَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ الْعَلَوِيِّ عَنِ الْعَمْرَكِيِّ عَنْ عَلِيِّ بْنِ جَعْفَرٍ عَنْ أَخِيهِ مُوسَى بْنِ جَعْفَرٍ۸ قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ لَهُ امْرَأَتَانِ قَالَتْ إِحْدَاهُمَا لَيْلَتِي وَ يَوْمِي لَكَ يَوْماً أَوْ شَهْراً أَوْ مَا كَانَ أَ يَجُوزُ ذَلِكَ قَالَ إِذَا طَابَتْ نَفْسُهَا وَ اشْتَرَى ذَلِكَ مِنْهَا فَلَا بَأْسَ. وَ رَوَاهُ عَلِيُّ بْنُ جَعْفَرٍ فِي كِتَابِهِ. • همان، ح۱، ص۳۴۳ و الکافی، ج۵، ص۴۰۳: مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَكَمِ عَنْ مُوسَى بْنِ بَكْرٍ عَنْ زُرَارَةَ قَالَ: قَالَ أَبُو جَعْفَرٍ علیه السلام - فِي حَدِيثٍ: مَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً فَلَهَا مَا لِلْمَرْأَةِ مِنَ النَّفَقَةِ وَ الْقِسْمَةِ وَ لَكِنَّهُ إِنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً فَخَافَتْ مِنْهُ نُشُوزاً وَ خَافَتْ أَنْ يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا أَوْ يُطَلِّقَهَا فَصَالَحَتْ مِنْ حَقِّهَا عَلَى شَيْ ءٍ مِنْ نَفَقَتِهَا أَوْ قِسْمَتِهَا فَإِنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ لَا بَأْسَ بِهِ.

رجعیه، حق نفقه ی أقـارب مثـل ابوین و اولاد، حق فسـخ به عیوب در نکاح، حق سـبق در امامت جماعت برای امام راتب، حق مطالبه در قرض و ودیعه، حق عزل در وکالت، حق رجوع در هبه و ... .

مرحوم سـید این تقسیم بندی را بر اساس بعضی فتاوا انجام داده اند، امّا این که این تقسیم بندی درست است یا نه و مثال هایی که ذکر شد تحت آن اقسام است یا نه، باید در جای خود با بررسی ادلّه ی هر یک از این حقوق و یا با رجوع به سایر امارات، آن را مشخص کرد و ما فعلاً در صدد بیان آن نیستیم.

شک در قابلیت اسقاط و نقل و انتقال حق

اشاره

بعـد از احراز این که اعتبـاری به نحو حق است، اگر شـک شود از حقوقی است که قابـل اسـقاط و نقـل و انتقـال است یـا حق محض است که قـابلیت فعلی اسـقاط و نقـل و انتقـال را نـدارد، مرجع، اطلاـق دلیل حق است که با تمسک به اطلاق می توان گفت حتی بعد از اسقاط و نقل نیز آن حق برای ذی الحق باقی است و در واقع اسقاط و نقل نشده است.(۱)

و اگر دلیـل اثبـات حق اطلاـق نـداشت بایـد ببینیم عنوان، مقوّم موضوع است یا خیر. اگر عنوان مقوّم موضوع باشـد ماننـد حق ولایت که برای مجتهد عادل وضع شده و این عنوان مقوّم ولایت است و غیر مجتهد عادل نمی تواند ولایت داشته باشد، یا حق وصایت که قوامش به شخص وصی است معلوم است که نمی تواند به دیگران منتقل کند.(۲)

۱- البته بـا تمسـک به اطلاق نمی توان اثبات کرد که با موت هنوز حق برای ذی الحق باقی است و به ورثه منتقل نشـده است؛ چون با موت موضوع حکم منتفی می شود.

۲- امـا در مورد نقل مجتهـد عادل به مجتهـد عادل دیگر می گوییم: اگر قائل شویم هر مجتهـدی ولایت دارد، نقل لغو خواهد بود و اگر بگوییم ولایت برای مثلاً اول مجتهد عادل متصدی جعل شده، عنوان مقوّم می باشد.

امّا اگر دلیل اثبات حق اطلاق نـداشت و عنوان نیز مقوّم موضوع نبود و فرضاً دلیل دیگری هم وجود نـداشت، آن گاه می توان با تمسک به اصل عملی مانند استصحاب عدم تأثیر اسقاط و عدم تحقق نقل که اصل سببی است یا استصحاب بقاء حق که اصل مسببی است حکم به بقاء حق برای ذی الحق کرد. همچنین با استصحاب عدم تأثیر موت در انتقال، حکم به عدم انتقال به ورثه بعد از موت کرد.

ولی مهم بررسی این مسأله است که اگر حقی عرفی و عقلایی نیز بود و در نظر عرف قابل نقل بود و عنوان هم مقوّم موضوع نبود و دلیل تعبدی نیز بر منع وجود نداشت، آیا می توان با تمسک به اطلاقات و عموماتی مانند (أوفوا بالعقود)، (أحلّ الله البیع) «الصلح جائز»، «المؤمنون عند شروطهم» و ... قابلیت نقل را شرعاً برای آن اثبات کرد تا نوبت به مرحله ی رجوع به اصول عملیه نرسد یا خیر؟

تمسّک به عمومات برای اثبات قابلیت نقل

حقوقِ مورد پذیرش عقلاء مانند حق تحجیر(۱)، خیار شرط(۲)، خیار غبن و هر حقی که عقلاء آن را به عنوان حق در میان خود پذیرفته اند چه حقوقی که عقلاء خود اختراع کرده اند و مورد امضاء شارع قرار گرفته یا حقوقی که شارع اختراع کرده و عقلاء آن را در میان خود پذیرفته اند در صورتی که عرفاً قابلیت نقل به وسیله ی نواقلی مانند بیع، هبه، صلح و ... داشته باشد، آیا می توان با تمسک به عموماتی مانند (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)(۳)، (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ)(۴)، (تِجَارَةً عَنْ

۱- اگر شخصی زمین مواتی را مقدمهً للإحیاء تحجیر کند عرف و عقلاء او را أحق از دیگران به إحیاء آن زمین می دانند. البته سنگ چین کردن به عنوان علامت است و در زمان های مختلف ممکن است تفاوت داشته باشد.

۲- این که بایع یا مشتری توسط شرط برای خود خیار فسخ قرار دهد، مورد پذیرش عقلاء است.

۳- سوره ی مبارکه ی مائده، آیه ی ۱: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّي الصَّيْدِ وَ أَنْتُمْ حُرُمٌ إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ)

۴- سوره ی مبارکه ی بقره، آیه ی ۲۷۵: (الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَ أَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَ مَنْ عَادَ فَأُولئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ)

تَرَاضٍ)(۱)، «الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ»(۲)، «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»(۳) و ... قابلیت نقل شرعی را نیز اثبات کرد؟

فرض سؤال در جایی است که دلیل تعبدی بر عدم نقل وجود نداشته و موضوع حق، قائم به شخص ذی الحق یا عنوان خاص نباشد؛ یعنی مثل حق ولایت، حق وصایت، حق تولیت یا حق مضاجعت نیست که قائم به شخص ذی الحق یا عنوان خاص باشد.

۱- سوره ی مبارکه ی نساء، آیه ی ۲۹: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَ لاَ تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيماً)

۲- وسائل الشیعه، ج ۱۸، کتاب الصلح، باب۳، ح۱، ص۴۴۳ و الکافی، ج۵، ص۲۵۹: مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَفْصِ بْنِ الْبَخْتَرِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام - قَالَ: الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ النَّاسِ. وَ رَوَاهُ الشَّيْخُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ مِثْلَهُ • همان، ح۲ و من لا یحضره الفقیه، ج۳، ص۳۲: مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيِّ بْنِ الْحُسَيْنِ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ۹: الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي وَ الْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَ الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحاً أَحَلَّ حَرَاماً أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا.

۳- همان، ج ۲۱، کتاب النکاح، أبواب المهور، باب۲۰، ح۴، ص۲۷۶ و تهذیب الاحکام، ج۷، ص۳۷۱ وَ عَنْهُ [مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَسَنِ] عَنْ أَيُّوبَ بْنِ نُوحٍ عَنْ صَفْوَانَ بْنِ يَحْيَى عَنْ مَنْصُورٍ بُزُرْجَ عَنْ عَبْدٍ صَالِحٍ علیه السلام - قَالَ: قُلْتُ لَهُ: إِنَّ رَجُلًا مِنْ مَوَالِيكَ تَزَوَّجَ امْرَأَةً ثُمَّ طَلَّقَهَا فَبَانَتْ مِنْهُ فَأَرَادَ أَنْ يُرَاجِعَهَا فَأَبَتْ عَلَيْهِ إِلَّا أَنْ يَجْعَلَ لِلَّهِ عَلَيْهِ أَنْ لَا يُطَلِّقَهَا وَ لَا يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا فَأَعْطَاهَا ذَلِكَ ثُمَّ بَدَا لَهُ فِي التَّزْوِيجِ بَعْدَ ذَلِكَ فَكَيْفَ يَصْنَعُ؟ فَقَالَ: بِئْسَ مَا صَنَعَ وَ مَا كَانَ يُدْرِيهِ مَا يَقَعُ فِي قَلْبِهِ بِاللَّيْلِ وَ النَّهَارِ قُلْ لَهُ فَلْيَفِ لِلْمَرْأَةِ بِشَرْطِهَا فَإِنَّ رَسُولَ اللَّهِ۹ قَالَ: الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ. وَ رَوَاهُ الْكُلَيْنِيُّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ بْنِ بَزِيعٍ عَنْ مَنْصُورٍ بُزُرْجَ نَحْوَهُ.

اهمیت بحث

این بحث از اهمیت بسیار بالایی در فقه برخوردار است؛ چراکه اگر تمسک به عمومات برای اثبات قابلیات جایز باشد، راه برای تصحیح بسیاری از عقود باز می شود، هر چند بعض شروط آن شرعاً مورد شک باشد؛ به عنوان مثال در شک در امکان شرعی نقل مصحف یا عبد مسلم به کافر، شک در امضاء شرعی معاملات صبی، شک در مالکیت و امکان داد و ستد شخصیت حقوقی شرعاً و ... می توان با تمسک به عمومات همه ی این ها را تصحیح کرد، البته به شرطی که قابلیت عرفی آن احراز شده باشد.

موضع بزرگان در این مسأله

اشاره

محقق اصفهانی(۱) قدس سره - در این جا ادعا کرده معروف(۲) بین فقهاء آن است که با

۱- رساله فی تحقیق الحق و الحکم، ص۵۰: و إن کان منشأ الشک مع القطع بکونه حقا احتمال کونه سنخ حق له الإباء عن الاسقاط و النقل و الانتقال- کحق الولایه- فالمعروف أنّه مع إحراز القابلیه عرفا یتمسک بإطلاق دلیل الصلح، لنفوذ الصلح علی سقوطه و نقله، أو بعموم أدله الإرث لانتقاله، و لیس من التمسک بعموم العام فی الشبهه المصداقیه.

۲- در یک نگاه اجمالی به کلام بزرگان می توان گفت: شیخ طوسی، ابن ادریس، فاضل آبی، علامه ی حلی، سید عمیدالدین عمیدی، فخر المحققین، فاضل مقداد، محقق کرکی، شهید ثانی، مقدس اردبیلی، میرزای قمی، محقق ایروانی ، سید یزدی۴ و ... برای اثبات قابلیات به عمومات تمسک کرده اند، ولی جمعی از متأخرین آن را منع کرده اند، مانند: محقق اردبیلی در زبده البیان، فاضل کاظمی، صاحب حدائق، وحید بهبهانی، صاحب مفتاح الکرامه، صاحب ریاض، سید محمد مجاهد، مولی احمد نراقی، شیخ حسن کاشف الغطاء، صاحب جواهر۴ و ... . (امیرخانی) • الخلاف، ج ۳، ص۱۷۶: لیس لأصحابنا نص فی جواز إقراض الجواری، و لا أعرف لهم فیه فتیا، و الذی یقتضیه الأصول أنه علی الإباحه، و یجوز ذلک سواء کان ذلک من أجنبی أو من ذی رحم لها، و متی أقرضها ملکها المستقرض بالقرض، و یجوز له وطؤها إن لم تکن ذات رحم محرمه. و به قال داود، و محمد بن جریر الطبری ... دلیلنا: أن الأصل الإباحه، و الحظر یحتاج الی دلیل. و أیضا الأخبار التی رویت فی جواز القرض و الحث علیه عامه فی جمیع الأشیاء، إلا ما أخرجه الدلیل. و أیضا روی عن النبی صلی اللّه علیه و آله انه قال: «الناس مسلطون علی أموالهم» و قال: «لا یحل مال امرئ مسلم إلا بطیب نفس منه». و قال اللّه تعالی «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و القرض عقد بلا خلاف. • السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ج ۲، ص۳۲۸ و قال شیخنا أبو جعفر فی مبسوطه: بیع العصیر ممّن یجعله خمرا، مطلقا مکروه، و لیس بفاسد، و بیعه ممّن یعلم أنّه یجعله خمرا حرام، و لا یبطل البیع، لما روی عن النبی علیه السّلام أنّه لعن الخمر و بائعها. و کذلک الحکم فیمن یبیع شیئا یعص اللّه به، من قتل مؤمن، أو قطع طریق، و ما أشبه ذلک، هذا آخر کلام شیخنا فی مبسوطه. و هذا الذی یقوی عندی، لأنّ العقد لا دلیل علی بطلانه، لقوله عز و جل: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و لیس انضمام هذا الشرط الفاسد الباطل إلیه، مما یفسده، بل یبطل الشرط، و یصح العقد. • کشف الرموز فی شرح مختصر النافع، ج

۱، ص۴۴۷: «قال دام ظله»: و لو بیع و لمّا یختبر، فقولان، أشبهها الجواز. قال الشیخان و سلّار: البیع باطل، و تردد فیه المتأخّر، قال: تحمل الروایه- الوارده بالبطلان- علی من لم یشهد طعمه و لا وصف البائع، فمع عدم الوصف و الطعم، فالبیع باطل، فامّا مع الوصف یصحّ البیع (فالبیع خ ل) و لکن یعتبر فیه ما یعتبر فی بیع خیار الرّؤیه. ثم قال: و یمکن ان یقال: انّ البیع بالوصف، لا یکون فی الأعیان المشاهده المرئیّه فلا بد فیها من الشّم أو الذوق. ثم أقول: مقتضی الأصل انعقاد البیع و صحته، و یؤیّده أیضا قوله تعالی: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ وَ أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ فان وردت روایه بالبطلان، فلیقل به (بالبطلان خ). • تذکره الفقهاء (ط - الحدیثه)، ج۱۴، ص۳۹۰: عقد الکفاله یصحّ دخول الخیار فیه، فإن شرط الخیار فیها مدّه معیّنه، صحّ؛ لقوله علیه السلام: «المؤمنون عند شروطهم» و قولِه تعالی: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» أمر بالوفاء بالعقد، و إنّما وقع العقد علی هذا الشرط، و لیس منافیاً لمقتضاه، کما لا ینافی غیره من العقود. • کنز الفوائد فی حل مشکلات القواعد، ج ۱، ص۳۸۲: قوله رحمه اللّه: «و فی اشتراط تقدیم الإیجاب نظر». أقول: وجه النظر من حیث إنّ الأصل بقاء الملک علی مالکه إلّا مع تعیّن السبب المزیل، و لم یثبت عند تقدیم القبول. و من أنّه عند تقدیمه عقد، و الأصل فیه الصحّه، و لقوله تعالی أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و هو عام. • إیضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، ج ۲، ص۵۹۹: قال دام ظله: و لو زوجت المریضه نفسها فالأقرب الصحه و عدم اشتراط الدخول. أقول: وجه القرب عموم قوله تعالی وَ أَنْکِحُوا الْأَیامی مِنْکُمْ و عموم قوله عز و جل أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و ان النص انما جاء فی الذکر (و لانه) اکتساب لوجوب المهر و النفقه لها و النکاح لا یوجب علیها مالا بخلاف الذکر لانه یثبت علیه مالا (و یحتمل) مشارکتهما فی الحکم لمشارکتهما فی علته و هی مزاحمه الوارث فی المیراث و الأصح الأول بل لا وجه لهذا الاحتمال عندی. • التنقیح الرائع لمختصر الشرائع، ج ۲، ص۳۰۵: إذا وقف و حصلت جمله شرائطه الا أنه شرط عوده الیه عند الحاجه فهل یبطل بذلک أو یکون صحیحا و له شرطه، قال المرتضی بالثانی، و قال انه مما انفردت به الإمامیه. و نقله العلامه فی المختلف عن المفید و الشیخ فی النهایه و القاضی و سلار، و اختاره و احتج له بالأصل و بقوله تعالی أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و بقوله صلی اللّه علیه و آله و سلم: المؤمنون عند شروطهم. یقول العسکری علیه السلام: الوقوف علی حسب ما یوقفها أهلها، رواه محمد بن الحسن الصفار عنه مکاتبه. •جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۴، ص۲۶۸: قوله: (و الحمام جنس علی اشکال). قد تقدم فی الحج ضابط الحمام، و منشأ الاشکال: من الشک فی أن مقولیته علی ما تحته مقولیه النوع علی الأصناف، أم الجنس علی الأنواع، و الوقوف علی الذاتیات عزیز، و لا قاطع من قبل الشرع علی واحد من الأمرین. و عموم قوله تعالی (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) یقتضی صحه البیع الجاری علی بعض ببعض، و قوله علیه السلام: «ما اجتمع الحرام و الحلال إلّا غلب الحرام الحلال» و العمل باتحاد الجنس أقرب إلی الاحتیاط. • جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۵، ص۴۵: قال فی التذکره: و هل یشترط فی الصیغه اللفظ العربی؟ الأقرب العدم. قلت: یشکل، بأن الإطلاق محمول علی المتعارف من العربی، و لأن هذا من العقود اللازمه، فیتوقف لزومه علی العربیه، لأصاله العدم بدونه. لأنا نقول: نمنع صدق العقد بالعجمیه مع إمکان العربیه. • مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام، ج ۳، ص۳۲۰: قوله: «الحمام جنس واحد. إلخ». قد تقدّم فی الحجّ تعریف الحمام علی اختلاف فیه، و أنّ الفخاتی و الورشان من أفراده. و وجه الخلاف هنا الشکّ ...و بهذا یحصل الفرق بین أفراد الحمام و أفراد البقر بالنسبه إلی الجاموس، فإنّه قد ثبت شرعا أنّهما نوع واحد، و من ثَمَّ ضمّ أحدهما إلی الآخر فی الزّکاه. و عموم قوله تعالی أَوْفُوا بِالْعُقُودِ یقتضی جواز بیع بعضها ببعض کیف کان إلی أن یتحقّق المنع. •مجمع الفائده و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، ج ۸، ص۱۶۵: قوله: «و یجوز ان یتولی الولیطرفی العقد» الظاهر من کلامهم عدم الخلاف فی ذلک، بل ادعی الإجماع فی المنتهی عن ابن إدریس، و یفهم الخلاف فی شرح الشرائع. فللأب و الجد ان یشتری مال ولده لنفسه، و یشتری له من نفسه، بل فی النکاح أیضا بأن یزوج جاریه ولده من صبی ولده الآخر، و کذا الوکیل الولی ان یفعل ذلک. و انما الخلاف فی الوکیل، بان یکون شخص واحد وکیل البائع و المشتری معا و یوقع العقد، أو یکون

وكيلاـ لأحدهما و يوقعه لنفسه. و الوصى بأن يوقع العقد لنفسه من مال الطفل، أو يكون وليا لأطفال يشترى للبعض من مال الآخر. و عموم أدله جواز العقود و الإيفاء بها يدل على الجواز، لصدق العقد عليه من غير نزاع، فيكون تحت أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ من غير نزاع، و لانه عقد صدر من أهله فى محله مع الشرائط، فيصح، و الأصل عدم شرط آخر، و عدم كونه من شخص واحد مانعا، و عدم اشتراط التعدد، و لان الغرض الرضا لا غير لما مرّ، عدم مانعيه الوحده و عدم اشتراط التعدد. •رسائل الميرزا القمى، ج ۱، ص۴۶۲: تحقيق المراد من الآيه الكريمه فنقول: معنى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ يجب الوفاء بكلّ عهد موثّق بينكم و بين اللّه، كالنذر و أشباهه، أو بين أنفسكم بعضكم مع بعض، كالبيع و أشباهه، أو بين أنفسكم مع أنفسكم، كالالتزامات و الاشتراطات على النفس من غير جهه النذر، أو من اللّه إليكم، كالإيمان به فى عالم الذرّ و بعده. فالأصل وجوب الوفاء بكلّ عهد موثّق، و هو المسمّى بالعقد، خرج ما خرج بالدليل، كالشركه و المضاربه، فإنّه و إن كان صحيحا بسبب قوله تعالى: إِلّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ و داخل تحت عموم الآيه، و لكنّه ليس بلازم بسبب الإجماع و غيره، و كالمغارسه و شركه الأبدان، فإنّها ممنوعه رأسا بدليل خارجى. فكلّما يندرج فى التجاره عن تراض تثبت صحّته منه و لزومه بهذه الآيه، و ما لا يندرج فيه كالطلاق بعوض إن قلنا إنّه إيقاع، لاـ أنه تجاره ثبت صحّته منه و لزومه بهذه الآيه. بل نقول: ثبت الصحّه و اللزوم معا فى جميع العقود بالآيه، خرج ما خرج من الصحّه و اللزوم المستفادين من تلك الآيه، و بقى الباقى. فما ذكروه فى بعض المقامات من المنع من جهه أنّ العقود من الوظائف الشرعيه، و موقوف على التوظيف، و أنّه لم يرد عليه نصّ بالخصوص، مثل ما ذكره فى المسالك فى المغارسه، فإمّا غفلوا عن عموم الآيه، أو منعوا انصراف عمومها إليه، و لذلك تفطّن بعضهم لذلك، و ردّ بمنع عدم التوظيف؛ مستندا بأنّ عدم ورود النصّ الخاصّ لا يدلّ على عدم التوظيف؛ لثبوته من العموم. •حاشيه المكاسب (للإيروانى)، ج ۱، ص۷۳: أنّ كلّ حقّ شكّ فى قبوله للنّقل شرعا جاز التّمسك بقبوله له بعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و تجاره عن تراض و أحلّ اللّه البيع بعد تعلّق البيع به و كذا تعلّق سائر المعاملات به عرفا و تحقّق عناوين البيع و التجاره و العقد الّتى هى عناوين الأدلّه. • زبده البيان فى أحكام القرآن، ص۴۵۶: ... و لاـ يكفى أيضا فيه عموم مثل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» إذ كون الرهن بدون القبض عقدا شرعيّا متلقّى منه داخلاـ تحته غير معلوم و لا مظنون، مع ما ذكرناه من الوجه. • مسالك الأفهام إلى آيات الأحكام (للكاظمى، فاضل)، ج ۳، ص۷۵: و الذى ثبت بالشرع كونه وثيقه شرعيه، بالإجماع و ظاهر الآيه و الخبر السابق هو الرهن المقبوض و لم يثبت فى غيره، فيبقى على الأصل الذى هو العدم، و لا يكفى فيه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» فانا لا نسلم أن الرهن بدون القبض عقد شرعى يجب الوفاء به لعدم ظهور ثبوته من الشرع كذلك. و أيضا ان كان المراد العقود الصحيحه فلا نسلم صحه العقد الواقع بدون القبض، و كون الأصل فيه ذلك غير ظاهر، فإنه يعتبر فيه شروط زائده عليه، و ليس حصولها معلوما و لا مظنونا بدون اعلام الشارع. • الحدائق الناضره فى أحكام العتره الطاهره، ج ۱۸، ص۳۷۴: و قوله: ان عموم الأمر بالوفاء بالعقد يشمله، إشاره إلى قوله عز و جل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» مردود بالاتفاق على ان المراد بالعقود: العقود الصحيحه، و الا لتناول العقد حال الإكراه. • حاشيه مجمع الفائده و البرهان (للوحيد)، ص۵۳۷: مع أنّ هذا العقد من العقود الجائزه قطعا، فكيف يناسبه الوجوب و الإلزام؟! فغير ظاهر شمول هذا، و أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و غيره للعقد الجائز، إلّا أن يقال: يجب الوفاء بما يقتضيه العقد، إن كان اللزوم فباللزوم، و إن كان الجواز فبالجواز، و غير ذلك ممّا يقتضيه. لكن الكلام فيما يقتضيه عقد الشركه، فلا يمكن الإثبات بمجرّد أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و غيره. مع أنّه إن بنى على ما هو معناه لغه، أىّ عقد عاقد تم بأىّ نحو اخترعتم و تخيّلتم و أحدثتم يجب الوفاء، و يصير حكما شرعيّا و داخلا فى الدين، و شرعا من شرع خير المرسلين من غير حدّ و ضبط، يلزم أن لا يكون العقود و المعاملات على النهج المقرّر فى الفقه و المسلّم عند الفقهاء، بل يلزم عدم الانضباط فى المعاملات أصلا، فتأمّل فيه، إذ يمكن أن يقال: خرج ما خرج بالإجماع و غيره من الأدلّه و بقى الباقى. لكن، لا بدّ من التأمّل فى صحّه هذا القدر من الإخراج و التخصيص، كما أشرنا، و مع ذلك يشكل رفع

اليد عن الاستدلال بها فى المسائل الخلافيّه، لأنّ المدار فى الفقه عليه. إلّا أن يقال ببطلان الاستدلال بها على صحّه المعامله الّتى اخترعت من المتعاملين، و صحّه الاستدلال بها على صحّه البيع اللغوى و العرفى، و كذلك صحّه الهبه اللغويّه و العرفيّه، و الصلح اللغوى و العرفى، و الإجازه اللغويه و العرفيّه، و غير ذلك من العقود الّتى كانت متعارفه حين نزول الآيه، لأنّ الخطاب مختصّ بالحاضرين- على ما هو الحقّ و المحقّق- و العقود المحقّقه و المتعارفه و المتداوله يفهم جزما، أمّا الفرضيّه و التقديريّه، ففهمها ربّما لا يخلو عن الإشكال. • مفتاح الكرامه فى شرح قواعد العلامه (ط - الحديثه)، ج ١٢، ص ٥٢٠: و فيه بعد تسليم كون مثل ذلك عقداً أنّا نشكّ فى دخوله تحت عموم قوله سبحانه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و إن كان للعموم لغه بناءً على عدم حملها عليه من حيث خروج أكثر العقود منها إجماعاً، فيكون الإجماع قرينه على كون العقود الّتى أمرنا بالوفاء بها هى كلّ ما كان متداولًا فى زمن الخطاب لا- مطلقاً، و كون ما نحن فيه من تلك غير معلوم، فلم يصل إلينا ما يدلّ عليه أصلًا، فلزم الرجوع إلى الأصل. • رياض المسائل (ط - الحديثه)، ج ٨، ص ٢١۴: و ممّا حقّقناه من الأصل و غيره يظهر وجوب الإتيان بكلّ ما اختلف فى اعتباره هنا بل العقود مطلقاً، كالعربيّه و الماضويه و تقديم الإيجاب على القبول و غير ذلك، وفاقاً لجماعه. خلافاً لآخرين، فاكتفوا بمجرّد الإيجابين، إمّا مطلقاً، أو مع اعتبار بعض ما مرّ لا كلّاً، التفاتاً إلى أنّه عقد فيشمله عموم ما دلّ على لزوم الوفاء به، كقوله سبحانه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ. و فيه نظر؛ إذ بعد تسليم كون مثل ذلك عقداً يحصل الشك فى دخوله فى الآيه جدّاً و إن كانت للعموم لغه، بناءً على عدم إمكان حملها عليه، من حيث خروج أكثر العقود منها على هذا التقدير إجماعاً، فليس مثله حجّه، فيكون الإجماع حينئذٍ قرينه على كون المراد بالعقود المأمور بالوفاء بها كلّاً ما تداول فى زمان الخطاب لا مطلقاً، و دخول المفروض فيه غير معلوم جدّاً و لم يصل إلينا ما يدلّ عليه أصلًا. • مفاتيح الأصول (للمجاهد، سيد محمد)، ص ۵۴۱: اعلم أن المعامله الغير المنهى عنها الصادره عن البالغين الأصيلين المشتمله على الإيجاب و القبول اللفظيين لا يخلو إما أن تكون مما قام الدليل الشّرعى على صحته أو مما قام الدليل الشرعى على فساده أو مما لم يقم الدليل الشرعى على صحته و لا على فساده فإن كانت من الأولين فالحكم فيها واضح و إن كانت من الثانى فلا بد من الحكم بفسادها نظرا إلى ما قدمناه من أن الأصل فى المعاملات الفساد اللهم إلا أن يدعى أن الأصل فى خصوص محل الفرض الصحه التفاتا إلى عموم قوله تعالى يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ لأن الأمر بالوفاء لا يتحقق إلا مع الصحه دون الفساد كما صرح به جدى قدس سره فقال لو لم يكن صحيحه شرعا لما أمر بوجوب الوفاء لأنه ظاهر فى الإمضاء و التقرير انتهى و يظهر من المقدس الأردبيلى فى زبده البيان و السيورى فى كنز العرفان و غيرهما المصير إلى الأصل المذكور للآيه الشريفه قال جدى قدس سره إن المدار فى تصحيح كثير من المعاملات بل كل المعاملات عليه. و قال والدى العلامه دام ظله العالى فى الرياض إجماله و عدم التمسك به فى شى ء مما عدا محل الوفاق مخالف لسيره العلماء و طريقتهم المسلوكه بينهم بلا خلاف يظهر فى ذلك أصلا من جهه استنادهم إليه فى محل النزاع و الوفاق انتهى و قد يقال الآيه الشريفه لا تنهض لإثبات الأصل المذكور لوجوه منها ما ذكره جدى قدس سره فقال إنه تعارف الآن أن العلماء يستدلون على صحه العقود الخلافيه بقوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و لا يخلو عن إشكال لأنه إن بنى على معناه اللّغوى أى أىّ عقد عاقدتم بأىّ نحو اخترعتم و تخيلتم و أحدثتم يجب الوفاء به و يصير حكما شرعيا و داخلا فى دين الرسول صلى اللّه عليه و آله و شرعا من شرعه من غير حدّ و ضبط و حصر فمع أنه لا يخلو عن حزازه ظاهره يلزم أن لا يكون المعاملات و عقودها على النهج المقرر فى الفقه و المسلم عند الفقهاء من انحصارها شرعا فى البيع و الصلح و الهبه و الإجاره و غيرها من المعاملات المعهوده المضبوطه المقرره المعروفه المثبته فى كتب الفقه بل يلزم عدم الانضباط شرعا فى المعاملات أصلا و رأسا و عدم الانحصار فى كيفيه و نحو ذلك و إن بنى على أنه خرج ما خرج بالإجماع أو النص و بقى الباقى لزم التخصيص الذى لا يرضى به المحققون لخروج الأكثر بل الباقى فى جنب الخارج فى غايه القله بل بمنزله العدم و إن بنى على أن المراد العقود المتحققه الموجوده المتداوله فى ذلك

الزمان يشكل الاستدلال لأنه فرع ثبوت التداول و التعارف انتهى و قد تبعه والدى العلامه دام ظله العالى فيما أشار إليه بقوله و إن بنى على أنه خرج ما خرج بالإجماع إلى آخره و فيما أشار إليه بقوله و إن بنى على أن المراد العقود المتحققه و منها ما ذكره بعض الأجله و قال و من الظاهر أن وجوب الوفاء إنما يترتب على العقد الصحيح و حينئذ فلا بد أولا من النظر فى العقد صحه و بطلانا ليتمكن من ترتب وجوب الوفاء عليه فالاستناد إلى هذا الاستدلال بهذا العموم قبل النظر فى العقد كما ذكرنا مجازفه ظاهره. • عوائد الأيام فى بيان قواعد الأحكام، ص۵: قال اللّه سبحانه يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ. قد اشتهر عند الفقهاء الاستدلال بهذه الآيه الكريمه، فى تصحيح العقود، و لزومها. و به يجعلون الأصل فى كل عقد عرفىّ، و كل إيجاب و قبول، اللزوم. و استشكل جماعه فى دلالتها، فاللازم تحقيق مدلولها، حتى تعلم دلالتها، و عدمها ... . ص۲۲: ... و من جميع ذلك ظهر ضعف التمسك بتلك الآيه الشريفه فى إثبات لزوم بعض ما يعدّونه عقدا فى الكتب الفقهيه. و حيث انحصر الدليل على أصاله لزوم كل عقد بتلك الآيه، فتكون تلك الأصاله غير ثابته، بل الأصل عدم اللزوم، إلّا أن يثبت لزوم عقد بدليل خاص، كالبيع و أمثاله. • رسائل و مسائل (للنراقى)، ج ۱، ص۱۰۸: در تماميّت دلالت أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بر صحّت و لزوم اين عقود متداوله كلام طويل، و ميان علماء تنازع و تشاجر بسيار است، و حقير در عايدۀ اوّل از كتاب عوائد الأيّام مبسوط بيان كرده ام عدم تماميّت آن را و عدم تمسّك به آن در اثبات لزوم عقود، و بر فرض تماميّت نظر به عموم آن، تخصيص آن به ادلّۀ خاصّۀ دالّۀ بر بطلان آن عقد لازم خواهد بود. • أنوار الفقاهه(لكاشف الغطاء، حسن)، ص۳: ثامنها: لا ملازمه بين الملك و بين جواز النقل و التمليك فى المشكوك بجواز نقله و تمليكه لأصاله العدم سواء كان النقل بمعاوضه أو مجاناً لأن النقل بأسباب شرعيه فلا بد من القطع بحصول السبب و عمومات الصلح و البيع لا تدل إلا على أن القابل للنقل يجوز أن ينقل بالبيع و الصلح و أنهما سببان للنقل و ليس مساق أدلتهما كأحل الله البيع و الصلح جائز قاض بجواز بيع كل شى ء مشكوك بنقله و انتقاله و بالجُمله فهما مبينان للنقل لا قاضيان ببيان ما ينقل و ما لا ينقل و قد يحتمل ذلك كما أستدل بعض الفقهاء على جواز نقل المشكوك بانتقاله بعمومات (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) و ب (وَ أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ) الأول أوجه. • جواهر الكلام فى شرح شرائع الإسلام، ج ۲۶، ص۱۶۱: ... و فيه: إمكان منع صحه هذه الحواله، لعدم إطلاق فى نصوص المقام يتناولها، و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ انما يراد منه العقود المتعارفه، أى البيع و الصلح و الحواله و نحوها، فلا شمول فيه للمشكوك فيه من أفرادها بعد فرض عدم إطلاق فيها يتناولها.

تمسک به عمومات می توان قابلیت شرعی را اثبات کرد.

از جمله کسانی که در این جا خوب وارد مبحث شده و واضح سخن گفته سید یزدی قدس سره - در حاشیه ی نفیسشان بر مکاسب است. محققین بعد از ایشان هم عده ای به دفاع از کلام سید و عده ای به نقد کلام سید پرداخته اند. از جمله محقق اصفهانی قدس سره - به نقد کلام سید پرداخته و سید خویی قدس سره - ظاهراً اشکال محقق اصفهانی قدس سره - را پذیرفته، ولی مرحوم امام قدس سره - به دفاع از کلام سید یزدی برخاسته و اشکال محقق اصفهانی و سید خویی قدس سرهما - را پاسخ داده، هر چند در آخر خودشان اشکال دیگری وارد کرده اند.

بیان سید یزدی قدس سره - در تمسّک به عمومات برای اثبات قابلیات

اشاره

سید یزدی قدس سره - می فرماید(۱): اگر بعد از احراز این که حقی عرفاً قابلیت نقل

۱- حاشیه المکاسب (للیزدی)، ج ۱، ص۵۶: و الّذی یناسب المقام بیان مقتضی القاعده فی ما لم یثبت من الخارج جواز إسقاطه أو نقله فنقول لا یخفی أنّ طبع الحقّ یقتضی جواز إسقاطه و نقله لأنّ المفروض کون صاحبه مالکا للأمر و مسلّطا علیه فالمنع إمّا تعبّدی أو من جهه قصور فی کیفیّته بحسب الجعل و الأوّل واضح و الثّانی کأن یکون الحقّ متقوّما بشخص خاصّ أو عنوان خاص کحقّ التّولیه فی الوقف و حقّ الوصایه و نحوهما فإنّ الواقف أو الموصی جعل الشّخص الخاصّ من حیث إنّه خاصّ موردا للحقّ فلا یتعدّی عنه و کولایه الحاکم فإنّها مختصّه بعنوان خاصّ لا یمکن التّعدی عنه إلی عنوان آخر و مثل حقّ المضاجعه بالنّسبه إلی غیر الزّوج و الزّوجه و کحقّ الشفعه بالنّسبه إلی غیر الشّریک و هکذا فإنّ شکّ فی کون شی ء حقّا أو حکما فلا یجوز إسقاطه و لا نقله و إن علم کونه حقّا و علم المنع التّعبدی أو کون الشّخص أو العنوان مقوما فلا إشکال أیضا و إن شکّ فی المنع فمقتضی العمومات صحّه التّصرّفات فیه. و کذا إن شکّ فی کون الشخص أو النّوع مقوما بحسب الجعل الشّرعی بعد إحراز القابلیّه بحسب العرف بحیث یکون الشّخص موردا عندهم لا مقوما فإنّ مقتضی العمومات من قوله تعالی أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ و قوله علیه السلام - الصّلح جائز و المؤمنون عند شروطهم بل فحوی قوله علیه السلام - النّاس مسلّطون علی أموالهم و نحو ذلک صحّه التّصرّفات فیه بعد فرض صدق عناوینها. نعم مع الشک فی إحراز القابلیّه العرفیّه بحیث یرجع إلی الشّک فی صدقها لا یمکن التّمسّک بها و من ذلک ظهر أنّ ما یقال إنّ العمومات لا تثبت القابلیّات مدفوع بأنّ ذلک إذا کان الشّکّ فی القابلیّه العرفیّه و فی المقام الشّکّ إنّما هو فی القابلیّه الشّرعیّه و شأن العمومات إثباتها.

داشت، شک کنیم این نقل مورد امضاء شارع قرار گرفته یا نه، با تمسک به عمومات می توانیم اثبات کنیم مورد امضاء قرار گرفته و شرعاً نیز قابلیت نقل دارد؛ مثلا ًدر حق تحجیر، حق خیار و بعض حقوق دیگر که در عرف با بیع، صلح و نواقل دیگر نقل و انتقال می شود، شک کنیم آیا شرعاً نیز نقل می شود یا نه، می توانیم با تمسک به اطلاق (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)، (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ)، (تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ)، «الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ» بگوییم نقل می شود؛ چون همان طور که مرحوم شیخ فرمودند موضوع این عمومات مانند «عقد»، «بیع»، «تجارت»، «صلح»، «هبه» و ... حقیقت شرعیه ندارد و شارع همان معنای عرفی دارج بین عقلاء را امضاء فرموده و نهایت این که بعض افراد را تخصیص زده مانند بیع غرری و ربوی یا شروطی را به آن اضافه کرده است، بنابراین اگر در خروج موردی از تحت (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)، (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ)، (تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ)، «الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ» شک داشتیم می توانیم با تمسک به اطلاق، شک را دفع کنیم.

إن قلت: معروف است که «إنّ العمومـات لاـ تثبت القابليّـات» يعنى بـا خود عمومـات نمى توان اثبات قابليات کرد؛ مثلًا اگر در قـابليت طفـل براى ايجاب و قبول شک شـد، نمى توان با تمسک به اطلاق (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) گفت: عقـدِ طفل مورد امضاء شـرع واقع شـده، در نتيجه طفـل قابليت ايجاب و قبول دارد. در ما نحن فيه نيز با تمسک به عمومات نمى توان اثبات کرد حق قابليت نقل دارد.

قلت: «إن العمومـات لاـ تثبت القابليات» مربوط به شک در قابليت عرفى است؛ يعنى با شک در قابليت عرفى و عـدم احراز آن، نمى توان بـا تمسـک به عمومـات، قـابليت شـرعى را اثبات کرد. امّا اگر قابليت عرفى محرز بود و فقط شک در قابليت شـرعى داشتيم، مى توانيم آن را اثبات کنيم و اصـلًا عمومات براى زدودن شک در قابليت شرعى بعد از احراز قابليت عرفى وارد شده است؛ به همين خـاطر در مورد طفـل مميز که عنـد العرف قـابليت ايجاب و قبول دارد، مى توانيم با تمسک به عمومات، قابليت شرعى را اثبـات کنيم. همچنين در مـا نحن فيه که قـابليت نقـل [مثلاًـ] حق تحجير عرفـاً محرز است، بـا تمسک به عمومات مى توانيم بگوييم شرعاً نيز قابل نقل است.

اشکال محقق اصفهانى بر کلام سيد يزدى قدس سرهما –

محقق اصفهانى قدس سره – در نقد کلام سيد مى فرمايد(۱): ادله ى معاملات مانند (أَوْفُوا

۱– رسـاله فى تحقيـق الحق و الحکم، ص۵۰: بقى الکلاـم: فيما إذا شک فى القبول للإسـقاط و النقل و الانتقال، فإن کان منشـأ الشـک احتمـال کونه حکمـا فلاـ مناص من الرجوع إلى الأصول دون العموم، لأنّ موضوعه الحق و هو مورد الشک، و لا يجوز التمسک بالعام فى الشـبهه المصداقيه. و إن کان منشأ الشک مع القطع بکونه حقا احتمال کونه سنخ حق له الإباء عن الاسقاط و النقل و الانتقال– کحق الولايه– فالمعروف أنّه مع إحراز القابليه عرفا يتمسک بإطلاق دليل الصـلح، لنفوذ الصـلح على سقوطه و نقله، أو بعموم أدله الإرث لانتقـاله، و ليس من التمسک بعموم العام فى الشـبهه المصـداقيه، بتوهم احتمال انـدراجه تحت الحق القابل و الحق الغير القابل، فإنّهما عنوانان انتزاعيان من الحق الداخل تحت العموم و الخارج عنه، لأنّ العام معنون بعنوان القابل و المخصـص معنون بعنوان غير القابـل. و يمکن أن يقال: إنّ أدله المعاملات فى مقام إنفاذ الأسـباب شـرعا عموما أو إطلاقا، فتاره يقطع بـأنّ العين الفلاـنيه قـابله للملکيه و النقل و يشک أنّه يعتبر فيه سبب خاص أو لا، فبعموم دليل الصـلح أو الشـرط نقول أنّه يملک بالصـلح و الشـرط، و أخرى يشک فى أصل قبوله للنقل لا من حيث خصوصـيه سبب من الأسباب، ليقال إنّ الصلح سبب مطلق، و إنّه کسـائر أسباب النقل و الاسـقاط مثلا، و المفروض هنا الشک فى أصل قبول الحق الخاص للإسـقاط و النقل، لا من حيث قصور الصـلح عن السببيه فى هذا المورد، فکونه قابلا للصـلح عرفا معناه أنّ الصـلح کغيره من الأسباب فى هذا الموضوع، فلا منافاه بين إحراز القابليه العرفيه من هذه الجهه مع الشک فى أصل قابليته للإسـقاط و النقل. تقرير اشـکال محقق اصفهانى در بيان مرحوم امام قدس سره –: • کتاب البيع (للإمام الخمينى)، ج ۱، ص۵۰: و ربّما يردّ ذلک: بأنّ أدلّه إنفاذ المعاملات فى مقام بيان إنفاذ الأسـباب شرعاً عموماً أو إطلاقاً، فإذا أُحرزت قابليّه النقل، و شکّ فى اعتبار سبب خاصّ، فدليل عموم المعامله کدليل

الصلح و الشرط يرفع هذا الشكّ، و أمّا إذا شكّ فى قبوله للنقل، لا من حيث خصوصيّه سبب من الأسباب، فلا يمكن رفعه بأدلّته. • كتاب البيع (تقريرات، للخرم آبادى)، ص٥٨: و قد أورد المحقّق الأصفهانى- بعد ذكره لكلام السيّد، و الكلام المعروف- بقوله: «يمكن أن يقال: إنّ أدلّه المعاملات فى مقام إنفاذ الأسباب شرعاً؛ عموماً أو إطلاقاً، فتاره: يقطع بأنّ العين الفلانيه قابله للملكيه و النقل، و يشكّ فى أنّه يعتبر فيه سبب خاصّ أو لا- فبعموم دليل الصلح أو الشرط نقول: إنّه يملك بالصلح و الشرط، و اخرى: يشكّ فى أصل قبوله للنقل، لا من حيث خصوصيه سبب من الأسباب ليقال: إنّ الصلح سبب مطلقاً؛ و إنّه كسائر أسباب النقل و الإسقاط مثلًا، و المفروض هنا الشكّ فى أصل قبول الحقّ الخاصّ للإسقاط و النقل، لا من حيث قصور الصلح عن السببيه فى هذا المورد» انتهى موضع الحاجه من كلامه. و ملخّص ما أفاده المحقّق رحمه الله: أنّه يمكن التمسّک بالعمومات فى مقام الشكّ فى السببيه، كما إذا احرز و ثبت صحّه النقل شرعاً فى معامله كذا، و شكّ فى أنّ له سبباً خاصّاً، كالطلاق و النكاح مثلًا، أو ليس له سبب خاصّ، بل يقع بالصلح و البيع و الشرط، فحينئذٍ يجوز التمسّک بعمومات الصلح و البيع و غيره من أدلّه المعاملات، و أمّا إذا شكّ فى أصل صحّه النقل، و لم يكن شكّ فى سببيه الصلح و العمومات الاخر للمورد، فلا مجال للتمسّک بالعمومات. و المفروض أنّ ما نحن فيه من قبيل الثانى.

بِالْعُقُودِ)، (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ)، (تِجارَةً عَنْ تَراضٍ)، «الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ» و ... همه در مقام تنفیذ شرعی اسباب عرفیه ی معاملات است مطلقاً؛ یعنی بعد از احراز [اصل] قابلیت نقل [شرعاً] اگر شک کردیم [این نقل فقط با سبب خاصی منتقل می شود یا مثلاً- با بیع نیز محقق می شود؟ در این جا با تمسک به اطلاق (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) می گوییم با بیع نیز محقق می شود، یا اگر شک کردیم با صلح نیز محقق می شود یا نه، به اطلاق «الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ» تمسک می کنیم. [بلکه با تمسک به عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) می توانیم بگوییم با تمام اسباب قابل نقل است و اختصاص به سببی دون سبب دیگر ندارد.]

امّا اگر در اصل قابلیت شرعی نقل شک داشته باشیم دیگر نمی توانیم با تمسک به این عمومات، قابلیت را اثبات کنیم؛ زیرا این عمومات از حیث قابلیت در صدد بیان نیست، بلکه فقط در صدد تنفیذ اسباب معاملات [بعد از احراز قابلیات] است. به عبارت دیگر این عمومات و اطلاقات حیثی است؛ مثلاً دلیل صلح بیان می کند صلح از حیث ناقلیت مطلق است، امّا این که چه چیزی قابلیت دارد با صلح منتقل شود در صدد بیان آن نیست و باید از جای دیگر احراز شود. [لذا اگر منشأ شک، شک در سببیت صلح برای نقل چیزی بود، با تمسک به دلیل صلح می توان سببیت صلح را برای نقل آن اثبات کرد، امّا اگر منشأ شک، شک در اصل قابلیت آن چیز برای نقل بود نمی توان به دلیل صلح برای اثبات قابلیت تمسک کرد.] بنابراین بعد از احراز قابلیت شرعاً، از این عمومات استفاده می شود [معامله با هر یک از اسباب] نافذ است و اختصاص به سببی دون اسباب دیگر ندارد.

دفاع مرحوم امام از کلام سید یزدی در مقابل اشکال محقق اصفهانی قدس سرهم -

مرحوم امام قدس سره - می فرماید(۱): اطلاقات و عمومات در مقام تنفیذ و امضاء هر

۱- کتاب البیع (للإمام الخمینی)، ج ۱، ص۴۹: إنّه لو شکّ فی کون شیء حقّا أو حکماً، فلا أصل لإثبات أحدهما، فلا بدّ من الرجوع إلی الأُصول العملیّه. و أمّا لو شکّ فی کون حقّ قابلًا للإسقاط أو النقل، فإن کان الشکّ لأجل الشکّ فی القابلیّه العرفیّه، فلا یصحّ إحرازها بالعمومات؛ لرجوع الشکّ إلی الصدق. و إن کان فی القابلیّه الشرعیّه، فقد یقال: بجواز التمسّک بعمومات تنفیذ العقد و الصلح و الشرط و سلطنه الناس علی أموالهم؛ لتصحیح المعامله و کشف القابلیّه؛ إذ شأن العمومات رفع هذا الشکّ. و ربّما یردّ ذلک: بأنّ أدلّه إنفاذ المعاملات فی مقام بیان إنفاذ الأسباب شرعاً عموماً أو إطلاقاً، فإذا أُحرزت قابلیّه النقل، و شکّ فی اعتبار سبب خاصّ، فدلیل عموم المعامله کدلیل الصلح و الشرط یرفع هذا الشکّ، و أمّا إذا شکّ فی قبوله للنقل، لا من حیث خصوصیّه سبب من الأسباب، فلا یمکن رفعه بأدلّتها. و فیه: أنّه لا شبهه فی أنّ قوله تعالی أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، أو قوله (علیه السّلام) الصلح جائز بین المسلمین أو المؤمنون عند شروطهم ظاهر فی لزوم الوفاء بکلّ معاقده أو صلح أو شرط تصدق علیها تلک العناوین عرفاً، فعدم وجوب الوفاء فی مورد أو موارد، مخالف لهذه العمومات و الإطلاقات. فإذا أُلقیت تلک العمومات إلی العقلاء، لا یشکّون فی أنّ الشارع بصدد إنفاذ کلیّه العقود و الشروط و ماهیّه الصلح بلا قید و شرط، و الشکّ فی عدم القابلیّه الشرعیّه، راجع إلی الشکّ فی اعتبار الشارع شرطاً و قیداً فی المثمن أو الثمن؛ و بالجمله إلی عدم إنفاذه معامله خاصّه، فإذا شکّ فی أنّ البیع الربوی صحیح، یرجع ذلک الشکّ إلی احتمال اعتبار الشارع شرطاً فی العوضین بعد کون المعامله عقلائیّه، و لا شبهه فی أنّ العمومات رافعه له، و لا دلیل علی دعوی کونها بصدد إنفاذ الأسباب فقط، حتّی ترجع إلی الحکم الحیثی، بل الظاهر منها أنّها أحکام فعلیّه، بصدد إنفاذ المعاملات العقلائیّه و العقود العرفیّه، و لا یزال الفقهاء- الذین هم من العرف و العقلاء یتمسّکون بها لإثبات صحّه المعاملات. هذا مع عدم جریان الإشکال فی مثل الناس مسلّطون علی أموالهم. •
کتاب البیع (تقریرات، للخرم آبادی)، ص۵۹: أقول: هنا کلامان: أوّلهما: بیان الحقّ من الکلام المعروف و المحقّق المذکور؛ و حلّ المناظره بین السیّد الموافق للمشهور، و ما أفاده المحقّق رحمه الله فی جوابه. و ثانیهما: تحقیق أصل المطلب. أمّا بیان الحقّ من کلام السیّد و ما أفاده فی جوابه، فالأقرب إلی النظر و الصحّه کلام السیّد؛ إذ المراد بالقابلیه لیس معناها الفلسفی المقول فی الجسم: «بأنّه قابل للقسمه إلی کذا و کذا» بل المراد القابلیه العرفیه؛ أعنی اعتبار العقلاء، لأنّ المعاملات کلّها اعتبارات عقلائیه، فما یعتبره العقلاء عقداً و معاهدهً- بأیّ عنوان کان- لا مانع من شمول الأدلّه له، و لیس المراد بالأدلّه إنفاذ الأسباب، کما قاله رحمه الله، بل هی إنفاذ و إمضاء لما هو المتداول فی العرف؛ فإنّ باب المعاملات لیس کالعبادات تأسیسات للشارع، بل إمضاء ما هو المرسوم عند العقلاء.

معامله ای است که عرف تحت عنوان عقد، بیع، صلح، شرط و ... انجام می دهد. به تعبیر دیگر در مواردی که ارکان و شرائط عقد، بیع، صلح و ... عرفاً تمام است، این عمومات آن را از تمام جهات [بدون هیچ قید و شرطی] بالفعل تصحیح می کند، در حالی که اگر فقط از حیثی تصحیح می کرد، تصحیح بالفعل عقود محقق نمی شد و نمی توانستیم با استناد به عمومات بگوییم فلان عقد واجب الوفاء است، در حالی که چنین جواز استنادی واضح است.

دفاع سید خویی از محقق اصفهانی و اشکال بر سید یزدی قدس سرهم –

سید خویی قدس سره – آن چنان که از هر سه تقریر ایشان (مصباح الفقاهه، محاضراتٌ فی الفقه الجعفری و التنقیح فی شرح المکاسب)(۱) استفاده می شود به دفاع از کلام محقق

۱– مصباح الفقاهه، ج ۲، ص۴۹: و إذا شککنا فیما یطلق علیه الحق اصطلاحا أنه یقبل النقل أولا فإن الأصل عدم قبوله إیاه، إذ الظاهر من الأدله المثبته لذلک هو اختصاصه بذی الحق فقط. فثبوته لغیره یحتاج إلی دلیل. و دعوی أن الأصل جواز نقله تمسکا بالعمومات الداله علی صحه العقود و نفوذها دعوی جزافیه، فإن تلک العمومات ناظره إلی بیان الحکم الوضعی: و هو إمضاء المعاملات العرفیه: أعنی بها ما یکون مورد المعامله فیها قابلا للانتقال إلی غیره. و مع الشک فی ذلک کان التمسک بتلک العمومات تمسکا بها فی الشبهه المصداقیه. و قد ثبت فی محله عدم جواز التمسک بالعام فی الشبهات المصداقیه. • محاضراتٌ فی الفقه الجعفری (تقریرات سید علی شاهرودی)، ج۲، ص۲۷: نعم تبقی فی البین عمومات (اوفوا بالعقود)، (احل الله البیع) و قوله علیه السلام – «الصلح جائز بین المسلمین» فهل یمکن أن یستفاد منها قابلیه الحکم للنقل إذا وقع علیه شیء منها أم لا؟ الظاهر العدم، لأنها لا تکون مشروعه و مبینه لما یکون للمتعاقدین السلطنه علیه و ما لا یکون، بل هی ناظره إلی نفوذ أسباب النقل و الانتقال فی موارد ثبوت السلطنه التامه لکل من المتعاقدین علی ماله ولو عند العرف و العقلاء و لذا إذا فرضنا أن أحداً آجر نفسه للغناء أو جعل فعله هذا عوضاً فی البیع و نفرض أنا نشک فی حرمه الغناء و کونه تحت سلطنته وضعاً، فإن الحرام لا یجعل عوضاً و لا تقع المعامله علیه لا یمکنا التمسک بعموم (أوفوا بالعقود) و الحکم بدلالته بالالتزام علی صحه العقد و جواز الغناء تکلیفاً، و هذا لیس الا لما ذکرناه من أن هذه العمومات لا تثبت السلطنه علی اصل النقل، بل ناظره الی أسبابه. فالحق أن مقتضی الاصل عند الشک فی قابلیه الحکم للنقل هو العدم. • التنقیح فی شرح المکاسب، ج ۱، ص۳۸: وبالجمله: أنّ مقتضی القاعده الاقتصار علی الموارد المتیقّنه و عدم ثبوت تلک الأحکام فی حقّ غیر من ثبت فی حقّه أوّلًا. و دعوی أنّ مقتضی عمومات «أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَیْعَ» و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و «تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» وغیرها من أدلّه التجاره ونحوها صحّه نقل الحکم إلی الغیر و ثبوت آثاره فی حقّ المشتری، مدفوعه بأنّ هذه العمومات لم ترد فی مقام تشریع أنحاء السلطنه کالسلطنه علی النقل، بل هی ناظره إلی نفوذ أسباب النقل فی موارد ثبوت السلطنه التامّه لکلّ من المتعاقدین علی ماله ولو عند العرف و العقلاء و لذا لو فرضنا أحداً آجر نفسه للغناء أو جعل فعله هذا عوضاً فی البیع و نفرض أنّا نشکّ فی حرمه الغناء و کونه تحت سلطنته وضعاً– فإنّ الحرام لا یجوز جعله عوضاً و لا تقع المعامله علیه– لا یمکننا التمسّک بعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و الحکم بدلالته بالالتزام علی صحّه العقد و جواز الغناء تکلیفاً، و لیس هذا إلّا لما ذکرناه من أنّ هذه العمومات لا تثبت السلطنه علی أصل النقل، بل هی

ناظره إلى أسبابه. فالصحيح أنّ مقتضى الأصل عند الشكّ فى قابليه الحكم للنقل هو العدم.

اصفهانی قدس سره - برخاسته و کلام سید یزدی قدس سره - را نقد کرده است.

در تقریرات مصباح الفقاهه که معمولاً در این مباحث به آن اعتماد می کنیم می فرماید: «و دعوی أن الأصل جواز نقله تمسکا بالعمومات الداله علی صحه العقود و نفوذها دعوی جزافیه» و وجه آن را در تقریرات محاضراتٌ فی الفقه الجعفری و التنقیح فی شرح المکاسب این چنین بیان می کند:

عمومات در مقام اثبات سلطنت متعاقدین بر نقل و امثال آن نیست، بلکه در مقام بیان نفوذ اسباب نقل است در مواردی که سلطنت تامه احراز شده باشد.

بنابراین با این ادله نمی توان قابلیت شرعی حق برای نقل و سلطنت ذو الحق بر نقل حق را اثبات کرد.

تا این جا کاملاً روشن است که کلام ایشان به نفع محقق اصفهانی قدس سره - و علیه سید یزدی قدس سره - است، امّا در ادامه کلامی دارند که به نفع کلام سید یزدی قدس سره - است:

بل هی ناظره إلی نفوذ أسباب النقل و الانتقال فی موارد ثبوت السلطنه التامه لکل من المتعاقدین علی ماله ولو عند العرف و العقلاء.

یعنی اگر سلطنت تامه برای متعاقدین نزد عرف و عقلاء ثابت باشد هر چند در شرع ثابت نباشد آن عقد عند الشرع نافذ است و این همان کلام سید یزدی است. این عبارت در هر دو تقریر محاضرات فی الفقه الجعفری و التنقیح فی شرح المکاسب بعینه(۱) بدون مغایرت در الفاظ حتی در حروف عطف نقل شده است،

۱- محاضراتٌ فی الفقه الجعفری (تقریرات سید علی شاهرودی)، ج۲، ص۲۷: بل هی ناظره إلی نفوذ أسباب النقل و الانتقال فی موارد ثبوت السلطنه التامه لکل من المتعاقدین علی ماله ولو عند العرف و العقلاء و لذا إذا فرضنا أن أحداً آجر نفسه للغناء أو جعل فعله هذا عوضاً فی البیع و نفرض أنا نشک فی حرمه الغناء و کونه تحت سلطنته وضعاً، فإن الحرام لا یجعل عوضاً و لا تقع المعامله علیه لا یمکنا التمسک بعموم (أوفوا بالعقود) و الحکم بدلالته بالالتزام علی صحه العقد و جواز الغناء تکلیفاً، و هذا لیس الا لما ذکرناه من أن هذه العمومات لا تثبت السلطنه علی اصل النقل، بل ناظره الی أسبابه. فالحق أن مقتضی الاصل عند الشک فی قابلیه الحکم للنقل هو العدم. • التنقیح فی شرح المکاسب، ج ۱، ص۳۸: بل هی ناظره إلی نفوذ أسباب النقل فی موارد ثبوت السلطنه التامّه لکلّ من المتعاقدین علی ماله ولو عند العرف و العقلاء و لذا لو فرضنا أحداً آجر نفسه للغناء أو جعل فعله هذا عوضاً فی البیع و نفرض أنّا نشکّ فی حرمه الغناء و کونه تحت سلطنته وضعاً- فإنّ الحرام لا یجوز جعله عوضاً و لا تقع المعامله علیه- لا یمکننا التمسّک بعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و الحکم بدلالته بالالتزام علی صحّه العقد و جواز الغناء تکلیفاً، و لیس هذا إلّا لما ذکرناه من أنّ هذه العمومات لا تثبت السلطنه علی أصل النقل، بل هی ناظره إلی أسبابه. فالصحیح أنّ مقتضی الأصل عند الشکّ فی قابلیه الحکم للنقل هو العدم.

لذا احتمال این که از همدیگر گرفته یا مصححین بعداً تصحیح کرده باشند زیاد است. احتمال ضعیف هم دارد که هر دو در مجلس درس، عین عبارت سید خویی قدس سره - را که بسیار خوش بیان بودند حفظ کرده و منعکس کرده اند.

به هر حال، گرچه این کلام سید خویی قدس سره - موافق با نظر سید یزدی قدس سره - است، ولی أظهر آن است که ایشان تمسک به عمومات نمی کنند، کما این که تعدادی از فتاوای ایشان نیز مناسب با آن است. مضاف به این که مثال نقضی که در ذیل آن ذکر می کنند نیز بر آن دلالت دارد و آن این که:

فرضاً اگر حرمت غنا و تغنی مشکوک باشد، قابلیت آن برای وقوع در بیع و اجاره [و هر عقد دیگری] نیز مشکوک خواهد بود؛ چون اگر غنا حرام باشد، عقد باطل است؛ زیرا در صحت بیع و اجاره شرط است که قدرت بر تحویل ثمن و مورد اجاره وجود داشته باشد و با حرمت و ممنوعیت عمل، مکلّف شرعاً قدرت بر تحویل آن نخواهد داشت و در نتیجه بیع و اجاره باطل است. حال با شک در قابلیت تغنی برای وقوع در بیع و اجاره آیا می توان با تمسک به عمومات و اطلاقاتی مانند (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)، (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) و «الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ»، اثبات صحت معامله کرد و نتیجه گرفت چون ملازمات أمارات حجت است(۱) پس تغنی جایز است؟!

معلوم است که چنین نتیجه ای نمی توان گرفت، پس کشف می کنیم عمومات فقط در صدد بیان نفوذ اسباب است و از حیث اثبات قابلیات و سلطنت متعاقدین بر عوضین در صدد بیان نیست.

این مثال سید خویی شبیه کلام مرحوم آخوند قدس سرهما - در کفایه(۲) ذیل بحث عدم

۱- یعنی همان طور که حرمت تغنی موجب بطلان معامله است، صحت معامله هم کاشف از جواز تغنی است.
۲- کفایه الأصول (ط- آل البیت- علیهم السلام -)، ص۲۲۳: وهم و إزاحه: ربما یظهر عن بعضهم التمسک بالعمومات فیما إذا شک فی فرد لا من جهه احتمال التخصیص بل من جهه أخری کما إذا شک فی صحه الوضوء أو الغسل بمائع مضاف ف یستکشف صحته بعموم مثل أوفوا بالنذور فیما إذا وقع متعلقا للنذر بأن یقال وجب الإتیان بهذا الوضوء وفاء للنذر للعموم و کل ما یجب الوفاء به لا محاله یکون صحیحا للقطع بأنه لو لا صحته لما وجب الوفاء به و ربما یؤید ذلک بما ورد من صحه الإحرام و الصیام قبل المیقات و فی السفر إذا تعلق بهما النذر.

جواز تمسک به عام در شبهه ی مصداقیه ی مخصص است که از بعضی نقل کرده برای اثبات صحت وضوء به ماء مضاف مانند ماء الورد و گلاب چنان که جناب صدوق قدس سره - جایز می داند(۱) به عموم (وَ لْيُوفُوا نُذُورَهُمْ)(۲) تمسک کرده اند، به این صورت که اگر کسی نذر کند با گلاب وضوء بگیرد، عموم (وَ لْيُوفُوا نُذُورَهُمْ) شاملش می شود و در نتیجه وفای به آن واجب و نذر منعقد شده است و از آن جا که نذر منعقد نمی شود مگر این که منذور آن شرعاً صحیح باشد، پس صحّت نذر ملازم با صحت منذور یعنی وضوء با گلاب است.

بنابراین همان طور که مرحوم آخوند در آن جا فرموده این نوع استدلال صحیح نیست، سید خویی نیز در ما نحن فیه می فرماید تمسک به عمومات برای اثبات قابلیات درست نیست.

۱- من لا يحضره الفقيه، ج ۱، ص۶: وَ لَا بَأْسَ بِالْوُضُوءِ وَ الْغُسْلِ مِنَ الْجَنَابَهِ وَ الِاسْتِيَاكِ بِمَاءِ الْوَرْدِ ... . • الهدايه فى الأصول و الفروع، ص۶۵: و لا بأس أن يتوضأ بماء الورد للصلاه، و يغتسل به من الجنابه فأما الذى تسخنه الشمس فإنه لا يتوضأ به و لا يغتسل به و لا يعجن به لأنه يورث البرص.

۲- سوره ی مبارکه ی حج، آیه ی ۲۹: (ثُمَّ لْيَقْضُوا تَفَثَهُمْ وَ لْيُوفُوا نُذُورَهُمْ وَ لْيَطَّوَّفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ)

نقد کلام سید خویی قدس سره –

به نظر می رسد همان طور که سید یزدی قدس سره – و مرحوم امام فرمودند، هرگاه قابلیت عرفی احراز شد می توان با تمسک به عمومات و اطلاقات قابلیت شرعی را اثبات کرد؛ چون عرف و اهل لسان با دریافت آیه ی شریفه ی (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) ظاهراً شک نمی کنند که باید به هر نوع عقدی که در میان خود دارند و هر چیزی را که قرارداد و پیمان می دانند پایبند باشند؛ زیرا جمع مُحلای به لام افاده ی عموم می کند و طبق فرض، مفهوم عقد و مصادیق آن عرفی است؛ نه شرعی، لذا اجمالی نسبت به آیه ی شریفه برای عرف باقی نمی ماند تا منتظر باشند شارع مراد خود از عقد و مؤلفه های آن را تبیین کند.

بله ممکن است شارع عقدی را از عموم خارج کرده و بیان کند وفای به آن لازم نیست، امّا این باعث نمی شود در موارد شک در اخراج فردی از افراد عقد بعد از فحص و عدم ظفر به مخصص و مقید کسی نتواند به عموم تمسک کند، و اگر در چنین فرضی با تمسک به استصحاب یا برائت، وفای به عقد نکرد عذر او پذیرفته نیست و مورد توبیخ مولا واقع می شود که چرا بعد از فحص و یأس از ظفر به مخصص، به عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) عمل نکرد در حالی که عموم برای تمسک عند الشک بیان شده است؟!

پاسخ مثال نقض سید خویی قدس سره –

امّا در مورد مثال نقض سید خویی قدس سره – سه پاسخ بیان می کنیم:

پاسخ اوّل

این پاسخ طبق مبنای کسانی از جمله سید خویی قدس سره -(۱) است که قائلند عموماتی مانند (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)، «الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ» و ... فقط در مقام بیان حکم وضعی است و هیچ نظری به حکم تکلیفی ندارد. طبق این مبنا، عمومات فقط از حیث شکوک مربوط به حکم وضعی محض قابل تمسک است و در شک در حکم تکلیفی یا حکم وضعی که منشأ آن شک در حکم تکلیفی است قابل تمسک نیست. بنابراین مثال مذکور که منشأ شک در آن، حکم تکلیفی است نمی تواند به عنوان نقض باشد؛ چون از آن جهت در صدد بیان نیست. امّا در ما نحن فیه که آیا حقوق قابلیت نقل شرعی دارد، از آن جا که شک ما ناشی از حیثیت وضعی است نه تکلیفی، پس بدون اشکال می توان به عمومات تمسک کرد.

البته ما اصل این مبنا را که عمومات فقط در مقام بیان حکم وضعی است و هیچ نظری به حکم تکلیفی ندارد بإطلاقه قبول نداریم، گرچه مانند شیخ انصاری قدس سره -(۲) نیز قائل نیستیم که وضعیات اصلاً اصالت نداشته و منتزع از تکلیفیات

۱- مصباح الفقاهه، ج ۲، ص۱۴۲: قوله (تعالى) أَوْفُوا بِالْعُقُودِ: لا ريب فى دلاله هذه الآيه الكريمه على ... لزوم كل عقد، لأن معنى الوفاء هو التمام. و من هنا يقال: الدرهم الوافى: أى الدرهم التام. و معنى العقد إما العهد المطلق كما صرح به بعض أهل اللغه أو العهد الوثيق كما صرح به بعض آخر من أهل اللغه أيضا. و المراد من الأمر بالوفاء بالعقد هو الإرشاد إلى لزومه، و عدم انفساخه بالفسخ، إذ لو كان الأمر بالوفاء تكليفيا لكان فسخ العقد حراما و هو واضح البطلان.

۲- فرائد الأصول (ط- مجمع فكر)، ج ۳، ص۱۲۵: ثمّ إنّه لا بأس بصرف الكلام إلى بيان أنّ الحكم الوضعىّ حكم مستقلّ مجعول- كما اشتهر فى ألسنه جماعه- أو لا، و إنّما مرجعه إلى الحكم التكليفى؟ فنقول: المشهور- كما فى شرح الزبده- بل الذى استقرّ عليه رأى المحقّقين- كما فى شرح الوافيه للسيّد صدر الدين-: أنّ الخطاب الوضعىّ مرجعه إلى الخطاب الشرعىّ، و أنّ كون الشى ء سببا لواجب هو الحكم بوجوب ذلك الواجب عند حصول ذلك الشى ء، فمعنى قولنا: «إتلاف الصبىّ سبب لضمانه»، أنّه يجب عليه غرامه المثل أو القيمه إذا اجتمع فيه شرائط التكليف من البلوغ و العقل و اليسار و غيرها، فإذا خاطب الشارع البالغ العاقل الموسر بقوله: «اغرم ما أتلفته فى حال صغرك»، انتزع من هذا الخطاب معنى يعبّر عنه بسببيّه الإتلاف للضمان، و يقال: إنّه ضامن، بمعنى أنّه يجب عليه الغرامه عند اجتماع شرائط التكليف. و لم يدّع أحد إرجاع الحكم الوضعىّ إلى التكليف الفعلىّ المنجّز حال استناد الحكم الوضعىّ إلى الشخص، حتّى يدفع ذلك بما ذكره بعض من غفل عن مراد النافين: من أنّه قد يتحقّق الحكم الوضعىّ فى مورد غير قابل للحكم التكليفى، كالصبىّ و النائم و شبههما. و كذا الكلام فى غير السبب؛ فإنّ شرطيّه الطهاره للصلاه ليست مجعوله بجعل مغاير لإنشاء وجوب الصلاه الواقعه حال الطهاره، و كذا مانعيّه النجاسه ليست إلّا منتزعه من المنع عن الصلاه فى النجس، و كذا الجزئيّه منتزعه من الأمر بالمركّب. • المكاسب المحرمه (ط - القديمه)، ج ۲، ص۳۰۶: قد حقق فى الأصول أن لا معنى للحكم الوضعى إلا ما انتزع من الحكم التكليفى.

است. بلکه همـان طور که در ابتـدای مکاسب محرمه در بحث تحلیلی و تفصـیلی درباره ی بعض عمومات مثل (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) بیان کردیم، ابتـداءاً حکم تکلیفی از آن اسـتفاده می شود و بالملازمهِ العرفیه البیّنه اسـتفاده ی حکم وضـعی می شود و بعضـی اطلاقـات ماننـد «الصُّلْحُ جَائِزٌ بَیْنَ الْمُسْلِمِینَ» نیز مسـتقیماً حکم وضـعی را بیان می کنـد و بعضـی مثل (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَیْعَ) بیان گر حکم وضعی و تکلیفی هر دو می باشند.

پاسخ دوم

بنابر این که ادله ی معاملات یا حـداقل بعض آن ابتداءاً در صدد بیان حکم تکلیفی است و بالملازمه حکم وضـعی را بیان می کنـد، چه مـانعی دارد بگوییم ظاهر (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)، (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَیْعَ)، (تِجارَهً عَنْ تَراضٍ مِنْکُمْ) و ... در صـدد بیان آن است که هرگـاه مؤلفه های وضـعی عقـد، بیع، تجارت و ... عرفاً تمام بود معامله صـحیح است، امّا از حیث موانع تکلیفیه ی جائیه ی مِن قِبل شارع در صدد

بیان نیست؟!(۱) نتیجه اش آن است که از حیث مؤلفه های وضعی عقد می توان به عمومات تمسک کرد، امّا از حیث حرمت تکلیفی نمی توان تمسک کرد؛ چون در صدد بیان آن نیست.

پاسخ سوم

جواب مهم تر این که سید خویی قدس سره - عدم جواز تمسک به عام برای اثبات جواز تکلیفی غنا را مسلّم و مفروغٌ عنه گرفتند، در حالی که عده ای از فقهاء در موارد مشابه با تمسک به عمومات، بالملازمه جواز تکلیفی حکم دیگر را اثبات کرده اند. مثلاً مرحوم آخوند قدس سره - بعد از مناقشه در تمسک به عموم (وَ لْيُوفُوا نُذُورَهُمْ) برای اثبات جواز توضؤ به ماء الورد نه از آن حیث که سید خویی و محقق اصفهانی قدس سرهما - مناقشه کردند، بلکه از این حیث که تمسک به عام است در شبهه ی مصداقیه؛ چراکه در متعلق نذر شرط است که راجح باشد، در حالی که نمی دانیم توضؤ به ماء الورد راجح باشد با صراحت می فرماید: اگر در متعلق عام، شرط خاصی مانند رجحان، جواز و ... اخذ نشده باشد، مانعی در تمسک به عام برای اثبات صحت موارد مشکوک و بالملازمه اثبات جواز فعل محتمل الحرمه نیست. عبارت آخوند قدس سره - این چنین است:

نعم لا بأس بالتمسک به فی جوازه بعد إحراز التمکن منه و القدره علیه فیما لم یؤخذ فی موضوعاتها حکم أصلا فإذا شک فی

۱- یعنی حتی با قبول این که مثلاً آیه ی شریفه ی (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) بیان حکم تکلیفی وجوب وفای به عقد می کند و بالملازمه از آن صحت وضعی عقود استفاده می شود، می توان گفت آیه ی شریفه در مقام بیان از حیث مؤلفه های وضعی عقود است ولی از حیث موانع تکلیفی که ممکن است شارع بیان کند در صدد بیان نیست و عمومیت ندارد. به همین خاطر در موارد شک در صحت عقد از حیث موانع تکلیفی نمی توان به عموم آیه ی شریفه تمسک کرد.

جوازه صح التمسک بعموم دلیلها فی الحکم بجوازها.(۱)

یعنی فعلی [مانند غنا در مثال سید خویی قدس سره -] که حکمش مشکوک است اگر متعلق احکام ثانویه [مانند (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)] قرار گیرد، می توان با تمسک به عموم آن حکم ثانوی [(أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)] آن عقد را تصحیح کرده و بالملازمه حکم به جواز فعل [غنا] کرد. البته این در صورتی است که در موضوع حکم ثانوی بعد از مقدور بودن عقلی آن حکمی مانند رجحان، جواز و ... اخذ نشده باشد، کما این که در مثال مذکور اخذ نشده است.

محشّین محقق و مدقق کفایه و نیز خود سید خویی قدس سره -(۲) بر این کلام مرحوم

۱- کفایه الأصول (ط- آل البیت- علیهم السلام -)، ص۲۲۴: و التحقیق أن یقال إنه لا مجال لتوهم الاستدلال بالعمومات المتکفله لأحکام العناوین الثانویه فیما شک من غیر جهه تخصیصها إذا أخذ فی موضوعاتها أحد الأحکام المتعلقه بالأفعال بعناوینها الأولیه کما هو الحال فی وجوب إطاعه الوالد و الوفاء بالنذر و شبهه فی الأمور المباحه أو الراجحه ضروره أنه معه لا یکاد یتوهم عاقل إذا شک فی رجحان شی ء أو حلیته جواز التمسک بعموم دلیل وجوب الإطاعه أو الوفاء فی رجحانه أو حلیته. نعم لا بأس بالتمسک به فی جوازه بعد إحراز التمکن منه و القدره علیه فیما لم یؤخذ فی موضوعاتها حکم أصلا فإذا شک فی جوازه صح التمسک بعموم دلیلها فی الحکم بجوازها و إذا کانت محکومه بعناوینها الأولیه بغیر حکمها بعناوینها الثانویه وقع المزاحمه بین المقتضیین و یؤثر الأقوی منهما لو کان فی البین و إلا لم یؤثر أحدهما و إلا لزم الترجیح بلا مرجح فلیحکم علیه حینئذ بحکم آخر کالإباحه إذا کان أحدهما مقتضیا للوجوب و الآخر للحرمه مثلا.

۲- محاضرات فی أصول الفقه، ج ۵، ص۲۳۳: ذکر المحقق صاحب الکفایه (قده) انه «ربما یظهر من بعضهم التمسک بالعمومات فیما إذا شک فی فرد لا من جهه احتمال التخصیص، بل من جهه أخری کما إذا شک فی صحه الوضوء أو الغسل بمائع مضاف فیکشف صحته بعموم مثل أوفوا بالنذور فیما إذا وقع متعلقاً للنذر بأن یقال وجب الإتیان بهذا الوضوء وفاء للنذر للعموم و کلما یجب الوفاء به لا محاله یکون صحیحاً للقطع بأنه لو لا صحته لما وجب الوفاء به. و ربما یؤید ذلک بما ورد من صحه الإحرام و الصیام قبل المیقات و فی السفر إذا تعلق بهما النذر کذلک» ملخص ذلک هو أنه لا مانع من تصحیح عباده لم تثبت مشروعیتها من ناحیه النذر حیث ان وجوب الوفاء به یکشف عن صحتها و الا لم یجب الوفاء به جزماً نظیر الصوم فی السفر و الإحرام قبل المیقات فانه کالصلاه قبل الوقت فی عدم المشروعیه کما فی بعض الروایات، و مع ذلک یصح بالنذر، و کذا الصوم فی السفر فانه غیر مشروع، و مع ذلک یصح بالنذر، حری بنا أن نتکلم فی هذه المسأله فی مقامین: (الأول) فی صحه هذا النذر و فساده (الثانی) فی صحه الإحرام قبل المیقات و الصوم فی السفر بالنذر. أما المقام الأول: فلا شبهه فی أن صحه النذر مشروطه بکون متعلقه راجحاً فلا یصح فیما إذا تعلق بأمر مباح فضلا عن المرجوح، ضروره ان ما کان للَّه تعالی لا بد و ان یکون راجحاً حتی یصلح للتقرب به إلیه تعالی فان المباح لا یصلح أن یکون مقرباً، فإذاً لا بد أن یکون متعلقه عملا صالحاً لذلک. و علی ضوء ذلک فلو شک فی رجحان عمل و عدمه لم یمکن التمسک بعموم أوفوا بالنذور لفرض ان الشبهه هنا مصداقیه و قد تقدم أنه لا یجوز التمسک بالعامّ فی الشبهات المصداقیه، بل هو من أظهر أفراد التمسک به فی الشبهه المصداقیه، و لعل من یقول به لم یقل بجوازه فی المقام یعنی فیما إذا کان المأخوذ فی موضوع حکم العام عنواناً وجودیاً کما هو المفروض هنا، فان

موضوع وجوب الوفاء بالنـذر قـد قيـد بعنوان وجودی و هو عنوان الراجح. و علیه فلا یمکن الحکم بصـحه الوضوء بمائع مضاف من جهه التمسـک بعمـوم وجـوب الوفـاء بالنـذر لفرض ان الشـک فی رجحـان هـذا الوضـوء، و معه کیـف یمکن التمسـک به. فـالنتیجه أنه لا یمکن تصـحیح الوضوء أو الغسل بمائع مضاف من ناحیه عموم وجوب الوفاء بالنـذر. • مصـباح الأصول (مباحث الفاظ)، ج ۲، ص۴۳۳: عبارت مصباح الاصول دقیقاً مانند محاضرات است.

آخونـد از این جهت اشـکالی وارد نکرده اند. بنابراین این طور نیست که تمسک به عموم عام برای اثبات جواز غنا در ما نحن فیه معلوم البطلان باشد.

پس تا این جا معلوم شـد که کلام سـید یزدی قـدس سره – که فرمودنـد بعـد از احراز قابلیت عرفی می توان به عمومات برای اثبات قابلیت شرعی تمسک کرد کلام محکم و مستدلی است و عمومات هیچ قصوری از این حیث ندارد.

شبهه: شک در قابلیات به نحو شبهه ی مصداقیه ی مخصص است

اشاره

سید یزدی - رحمه الله علیه - بعد از اثبات عدم قصور عموماتِ مربوط به معاملات، برای اثبات قابلیات بعد از تحقق و ثبوت قابلیات عرفاً شبهه ای(۱) را مطرح و سپس آن را دفع می کنند(۲) و آن این که:

بعد از این که می دانیم شارع بعضی از قابلیات عرفیه را نپذیرفته است، اگر بخواهیم در موارد شک که آیا شارع قابلیتی را پذیرفته یا خیر، به این عمومات تمسک کنیم، تمسک به عام در شبهه ی مصداقیه ی مخصص خواهد شد، در حالی که تمسک به عام در شبهه ی مصداقیه ی مخصص حتی اگر مخصص لبّی باشد جایز نیست؛ مثلاً اگر عامی بیان کند «اکرم کلّ عالم» و مخصصی وارد شود «لا تکرم العالم الفاسق» در مواردی که شک داریم عالمی آیا فاسق است تا از تحت عام خارج شده باشد یا غیر فاسق است که تحت عام باقی باشد، نمی توانیم به عموم عام تمسک کرده و اثبات کنیم وجوب اکرام دارد. بله! به کمک اصل محرز و استصحاب عدم فسق زیدِ عالم می توان با ضمّ وجدان به اصل، تنقیح موضوع عام کرد و گفت: زیدِ عالم تحت عام باقی است و در نتیجه وجوب اکرام دارد.

۱- فرق این شبهه با شبهه ی قبلی سید خویی و محقق اصفهانی قدس سرهما - در آن است که شبهه ی قبلی به نحو «ضیّق فم الرکیه» بیان می کرد که اصلاً عمومات نسبت به قابلیات از آن جهت مورد بحث شمولی ندارد، ولی این شبهه بعد از قبول شمول عام بیان می کند تمسک به عام در موارد مشکوک به نحو تمسک به عام در شبهه ی مصداقیه ی مخصص است.

۲- حاشیه المکاسب (للیزدی)، ج ۱، ص۵۶: أمّا دعوی أنّ الشّکّ یرجع إلی الشّبهه المصداقیّه لأنّ الحقّ المختصّ بشخص أو عنوان خارج عن العمومات و بعباره أخری هی مخصّصه بغیر القابل فلا یجوز الرّجوع إلیها مع الشّکّ فی القابلیّه فمدفوعه بمنع ذلک إذ الخارج خصوصیات الحقوق الثّابته کونها مختصّه بأدلّتها الخاصّه و لم یخرج عنوان واحد عامّ نعم یمکن انتزاع عنوان عامّ کما فی غیر هذا المقام أیضا فإنّه یمکن أن یقال خرج من العمومات العقود الفاسده فمع الشکّ فی الصحّه و الفساد لا یمکن التمسّک بها و هکذا.

در مـا نحن فیه نیز از آن جا که (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) و سایر عمومات نسـبت به بعض قابلیات عرفیه تخصـیص خورده است، پس اگر در مورد قـابلیتی شـک وجود داشـته باشـد که تحت عـام بـاقی است یـا داخل در مخصـص است، دیگر نمی توان به عموم عام تمسـک کرد؛ زیرا تمسـک به عـام است در شـبهه ی مصـداقیه ی مخصـص. بنابراین در هیـچ یک از حقوقی که قابلیت نقل و انتقـال آن مشـکوک است نمی توان بـا تمسـک به این عمومات، اثبات قابلیت آن کرد؛ چون تمسک به عام است در شـبهه ی مصداقیه ی مخصص.

پاسخ به شبهه

سید یزدی قدس سـره - در پاسخ به این شـبهه می فرماید: تمسک به عام در شبهه ی مصداقیه ی مخصص در صورتی لازم می آید که خود شارع عنوانی را تخصـیص زده و خارج کرده باشد و ما موردی را شک داشته باشیم که تحت آن عنوان قرار دارد یا خیر. امّا اگر عنوان جامعی را خارج نکرده، بلکه فقط موارد خاصـی را خارج کرده باشـد هر چنـد ذهن بتوانـد عنوان جامعی برای آن انتزاع کنـد و شـک کنیم مورد منظور را نیز خارج کرده یا خیر، می توان به عموم عام تمسک کرد و الا تقریباً به هیچ عامی نمی توان تمسک کرد؛ زیرا مثلاً در (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) شارع عقود فاسـدماننـد عقد غرری و ربوی را خارج کرده در نتیجه اگر در صحت عقدی شک کردیم دیگر نمی توانیم به عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) تمسک کنیم و هکذا سایر عمومات.

در حالی که از آیه ی شـریفه ی (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) اسـتفاده می شود هر چیزی که عرفاً عقـد محسوب شود صـحیح و لازم الرعایه است، فقـط مـوارد خـاص (مـورد به مـورد؛ نه تحت عنـوان جـامعی که خـود شـارع بیـان فرمـوده باشـد) خـارج می شود و در مشکوکات

باید رجوع به عموم عام شود و در حقیقت در چنین فرضی، شک به نحو شبهه ی مفهومیه در سعه و ضیق مخصص منفصل است که مرجع، عام می باشد.

پاسخ سید یزدی قدس سره - به این شبهه تمام است و هیچ یک از أعلام آن مقدار که مراجعه کردم نسبت به این کلام سید اعتراضی نکرده است؛ الا مرحوم امام قدس سره - که [در صغرای کلام سید اشکال کرده] و فرموده است: مخصصی با عنوان جامع از طرف خود شارع برای این عمومات بیان شده، بنابراین موارد شک به نحو شبهه ی مصداقیه ی مخصص می باشد، لذا نمی توان به عموم عام تمسک کرد.

تثبیت شبهه توسط مرحوم امام قدس سره -

اشاره

کلام حضرت امام قدس سره -(۱) مبتنی بر دو مقدمه است:

۱- کتاب البیع (للإمام الخمینی)، ج ۱، ص۵۱: نعم، هنا شبهه اخری، و هی أنّه استثنی من أدلّه نفوذ الشرط ما هو مخالف لکتاب اللّه، أو غیر موافق له، أو حرّم حلالًا، أو أحلّ حراماً. و کذا استثنی من دلیل إنفاذ الصلح ما أحلّ حراماً أو حرّم حلالًا. و الظاهر من مخالفه الکتاب مخالفه حکم اللّه تعالی، و لو ثبت من سنّه رسول اللّه (صلّی اللّه علیه و آله و سلّم) أو أخبار الأئمّه الطاهرین سلام اللّه علیهم. کما أنّ الظاهر أن لا خصوصیّه للتحلیل و التحریم، بل المراد تغییر حکم اللّه تعالی، کما یشهد به اختلاف التعبیر فی الشرط، فیراد فی الصلح أیضاً ظاهراً استثناء مطلق ما یخالف حکم اللّه، و لا یبعد إسراء العرف و العقلاء هذا الاستثناء إلی سائر المعاملات، بل لا یبعد أن یکون ذلک حکماً عقلیّاً و استثناءً لبیّاً یدرکه العقل. و لو قلنا بأنّ الشرط أعمّ من الشرط الضمنی و الابتدائی، بل مطلق العقود و المجعولات العقلائیّه، فالأمر أوضح. و علی هذا: لو شکّ فی معامله؛ من جهه اعتبار الشارع الأقدس قیداً أو شرطاً فی العوضین، به یخرجان عن القابلیّه للانتقال، لا یصحّ التمسّک لرفعه بالعمومات؛ لکونه من التمسّک بها فی الشبهه المصداقیّه، و هو غیر جائز و لو فی المخصّصات اللبیّه، کما قرّرنا فی محلّه. • کتاب البیع (تقریرات، للخرم آبادی)، ص۶۰: و أمّا تحقیق المطلب فنقول: الشکّ فی المقام فی المصداق، لا فی المفهوم. بیان المطلب: أنّ العموم فی الصلح و کذا فی الشرط، مقیّد بعدم تحلیل الحرام، و تحریم الحلال، و عدم مخالفه الکتاب، کما فی مرسله الصدوق المرویه عن رسول اللّه صلی الله علیه و آله أنّه قال: «الصلح جائز إلّا ما حرّم حلالًا، أو أحلّ حراماً». و کما فی قوله علیه السلام: «المؤمنون عند شروطهم، إلّا کلّ شرطٍ خالف کتاب اللّه عزّ و جلّ». و کذا فی قوله: «المسلمون عند شروطهم، إلّا شرطاً حرّم حلالًا، أو أحلّ حراماً». و من المعلوم أنّ المراد بالحلّیه و الحرمه، لیس معناهما الاصطلاحی، و کذا لیس المراد بمخالفه الکتاب و موافقته، موافقه و مخالفه خصوص الکتاب؛ أعنی القرآن، بل معنی الروایات أنّ کلّ شرط أو صلح، نافذ و جائز ما لم یغیّر اعتبار الشارع و ما فهم من قانونه و لو کان من السنّه؛ بمعنی أنّ الشارع لو اعتبر فی مورد اعتباراً خاصّاً، فلا یمکن تغییره بالصلح و الشرط، فلو کان مخالفاً لاعتبار الشرع لا یکون نافذاً. و بالجمله: مورد الأدلّه مقیّد بعدم مخالفته للقانون الشرعی، و یسری ذلک إلی باقی

العمومات و الإطلاقات بالقيـد اللبّى؛ أعنى الإحاله على ما هو مرتكز فى الأذهان من هـذا القيـد. و على هذا، فما شكّ فى قابليته الشـرعيه- كما فيما نحن فيه- لا يمكن التمسّک لصـحّته بالعمومات و الأدلّه؛ لأنّ الشکّ فيه شکّ فى كونه مصداقاً لما لا يكون مخالفـاً لاعتبـار الشـارع و قـانونه، فـإنّ المفروض شـمول العمومـات لما لا يكون مغيّراً لاعتبار الشارع، و ما لم يحرز فيه ذلک لا يمكن التمسّک فى صحّته بها؛ لكونه شبههً مصداقيه.

۱. در ادله ی نفوذ شرط آمده که «إِنَّ الْمُسْلِمِينَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطاً حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَ حَرَاما»(۱) و «الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ إِلَّا كُلَّ شَرْطٍ خَالَفَ كِتَابَ اللَّهِ عَزَّ وَ جلَّ فَلَا يَجُوزُ»(۲) و «الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ فِيمَا وَافَقَ كِتَابَ اللَّهِ عَزَّ وَ جل»(۳) و «كُلُ

۱- وسائل الشيعه، ج ۱۸، كتاب التجاره، أبواب الخيار، باب۶، ح۵، ص۱۷ و تهذيب الاحكام، ج۷، ص۴۶۷: وَ [مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ] بِإِسْنَادِهِ عَنِ الصَّفَّارِ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مُوسَى الْخَشَّابِ عَنْ غِيَاثِ بْنِ كَلُّوبٍ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ عَنْ جَعْفَرٍ عَنْ أَبِيهِ عليه السلام - أَنَّ عَلِيَّ بْنَ أَبِي طَالِبٍ عليه السلام - كَانَ يَقُولُ: مَنْ شَرَطَ لِامْرَأَتِهِ شَرْطاً فَلْيَفِ لَهَا بِهِ فَإِنَّ الْمُسْلِمِينَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطاً حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَاماً.

۲- همان، أبواب الخيار، باب۶، ح۲، ص۱۶ و تهذيب الاحكام، ج۷، ص۲۲: وَ [مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ] بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنِ النَّضْرِ بْنِ سُوَيْدٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام - قَالَ: الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ إِلَّا كُلَّ شَرْطٍ خَالَفَ كِتَابَ اللَّهِ عَزَّ وَ جَلَّ فَلَا يَجُوزُ. وَ رَوَاهُ الصَّدُوقُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ مِثْلَهُ.

۳- تهذيب الأحكام، ج ۷، ص۲۲: الْحَسَنُ بْنُ مَحْبُوبٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ قَالَ سَمِعْتُهُ يَقُولُ مَنِ اشْتَرَطَ شَرْطاً مُخَالِفاً لِكِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَ جَلَّ فَلَا يَجُوزُ لَهُ عَلَى الَّذِي اشْتَرَطَ عَلَيْهِ وَ الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ فِيمَا وَافَقَ كِتَابَ اللَّهِ عَزَّ وَ جَلَّ.

شَرْطٍ خَالَفَ كِتَابَ اللَّهِ فَهُوَ رَد»(۱).

در ادله ی نفوذ صلح نیز وارد شده «انَّ الصُّلْحَ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحاً حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَاما»(۲).

بنابراین ادله ی نفوذ شرط و ادله ی نفوذ صلح، مخصص(۳) دارد و آن این که «مخالف حکم الله» نباشد؛ چون ظاهراً مراد از مخالفت کتاب الله، مخالفت حکم الله است، هر چند آن حکم از سنت پیامبر- صلی الله علیه و آله و سلم - یا ائمه ی معصومین- علیهم السلام - ثابت شده باشد. کما این که تحلیل حرام و تحریم حلال نیز خصوصیت ندارد و مراد تغییر حکم الله است. پس این ادله بیان می کند صلح و شرط نافذ است مگر این که مخالف حکم الله باشد.

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص۲۱۲: عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَّادٍ عَنِ الْحَلَبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام - قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنِ الشَّرْطِ فِي الْإِمَاءِ أَلَّا تُبَاعَ وَ لَا تُورَثَ وَ لَا تُوهَبَ فَقَالَ يَجُوزُ ذَلِكَ غَيْرَ الْمِيرَاثِ فَإِنَّهَا تُورَثُ وَ كُلُّ شَرْطٍ خَالَفَ كِتَابَ اللَّهِ فَهُوَ رَد.

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۷، ص۴۱۲: عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ عَمْرِو بْنِ أَبِي الْمِقْدَامِ عَنْ أَبِيهِ عَنْ سَلَمَةَ بْنِ كُهَيْلٍ قَالَ: سَمِعْتُ عَلِيّاً علیه السلام - يَقُولُ لِشُرَيْحٍ انْظُرْ إِلَى أَهْلِ الْمَعْكِ وَ الْمَطْلِ وَ دَفْعِ حُقُوقِ النَّاسِ مِنْ أَهْلِ الْمَقْدُرَةِ وَ الْيَسَارِ مِمَّنْ يُدْلِي بِأَمْوَالِ الْمُسْلِمِينَ إِلَى الْحُكَّامِ فَخُذْ لِلنَّاسِ بِحُقُوقِهِمْ مِنْهُمْ وَ بِعْ فِيهَا الْعَقَارَ وَ الدِّيَارَ فَإِنِّي سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ۹ يَقُولُ مَطْلُ الْمُسْلِمِ الْمُوسِرِ ظُلْمٌ لِلْمُسْلِمِ وَ مَنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ عَقَارٌ وَ لَا دَارٌ وَ لَا مَالٌ فَلَا سَبِيلَ عَلَيْهِ وَ اعْلَمْ أَنَّهُ لَا يَحْمِلُ النَّاسَ عَلَى الْحَقِّ إِلَّا مَنْ وَرَّعَهُمْ عَنِ الْبَاطِلِ ثُمَّ وَاسِ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ بِوَجْهِكَ وَ مَنْطِقِكَ وَ مَجْلِسِكَ حَتَّى لَا يَطْمَعَ قَرِيبُكَ فِي حَيْفِكَ وَ لَا يَيْأَسَ عَدُوُّكَ مِنْ عَدْلِكَ وَ رُدَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعِي مَعَ بَيِّنَةٍ فَإِنَّ ذَلِكَ أَجْلَى لِلْعَمَى وَ أَثْبَتُ فِي الْقَضَاءِ وَ اعْلَمْ أَنَّ الْمُسْلِمِينَ عُدُولٌ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ إِلَّا مَجْلُوداً فِي حَدٍّ لَمْ يَتُبْ مِنْهُ أَوْ مَعْرُوفٌ بِشَهَادَةِ زُورٍ أَوْ ظَنِينٌ وَ إِيَّاكَ وَ التَّضَجُّرَ وَ التَّأَذِّيَ فِي مَجْلِسِ الْقَضَاءِ الَّذِي أَوْجَبَ اللَّهُ فِيهِ الْأَجْرَ وَ يُحْسِنُ فِيهِ الذُّخْرَ لِمَنْ قَضَى بِالْحَقِّ وَ اعْلَمْ أَنَّ الصُّلْحَ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحاً حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَاماً وَ اجْعَلْ لِمَنِ ادَّعَى شُهُوداً غُيَّباً أَمَداً بَيْنَهُمَا فَإِنْ أَحْضَرَهُمْ أَخَذْتَ لَهُ بِحَقِّهِ وَ إِنْ لَمْ يُحْضِرْهُمْ أَوْجَبْتَ عَلَيْهِ الْقَضِيَّةَ فَإِيَّاكَ أَنْ تُنَفِّذَ فِيهِ قَضِيَّةً فِي قِصَاصٍ أَوْ حَدٍّ مِنْ حُدُودِ اللَّهِ أَوْ حَقٍّ مِنْ حُقُوقِ الْمُسْلِمِينَ حَتَّى تَعْرِضَ ذَلِكَ عَلَيَّ إِنْ شَاءَ اللَّهُ وَ لَا تَقْعُدَنَّ فِي مَجْلِسِ الْقَضَاءِ حَتَّى تَطْعَمَ.

۳- مخصص منفصل و متصل در این جا فرقی ندارد.

۲. عرف و عقلا از این ادله استظهار می کنند که عقد صلح و شرط خصوصیتی ندارد و این تقیید و تخصیص در همه ی معاملات سریان دارد؛ یعنی هر عقدی اعم از بیع، اجاره و ... نافذ است مگر در صورتی که مخالف حکم الله باشد.

بلکه می توان گفت این یک قید لبّی و عقلی برای تمام معاملات است؛ یعنی عقل حکم می کند هیچ یک از معاملات نباید مغایر حکم الله باشد و کسی حق ندارد حکم الله را تغییر دهد.

بنابراین حتی اگر عرف هم القاء خصوصیت نکند و به همه ی معاملات اسراء ندهد، عقل حکم می کند که عقود نباید مشتمل بر خلاف شرع باشد، لذا اگر عقدی مشتمل بر خلاف شرع بود قابل نفوذ و امضاء با عموم «اوفوا بالعقود» نیست.

پس با این بیان معلوم شد همه ی عمومات، دارای مخصص است و این که مرحوم سید یزدی فرمود انتزاعی است و عمومات مخصص ندارد درست نیست. بنابراین هر جا شک شد که شارع اقدس قید یا شرطی را در عوضین لحاظ فرموده یا نه، نمی توان به عمومات تمسک کرد؛ چون شبهه ی مصداقیه ی مخصص است و در شبهه ی مصداقیه ی مخصص حتی اگر مخصص لبّی باشد نمی توان به عام رجوع کرد. لذا در ما نحن فیه در شک این که حقی قابل نقل است یا خیر، نمی توان با تمسک به (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) اثبات کرد قابل نقل است.

ملاحظاتی بر فرمایش مرحوم امام قدس سره –

خدمت امام بزرگوار با آن عظمت و دقت نظر عرض می کنیم:

۱. اگر این تخصیص و استثناء را به همه ی شروط محتمله شرعاً سرایت دهیم و در نتیجه در موارد شک در اشتراط چیزی شرعاً در عوضین یا متعاقدین یا خود عقد نتوانیم تمسک به عمومات کنیم، لازمه اش آن است که این عمومات

و اطلاقات بی فایده شود و فقط به قدر متیقن اکتفا کنیم، در حالی که گمان نمی کنم خود شما به آن ملتزم باشید.

و اگر مقصودتان تفکیک بین شروط است؛ مثلاً در شک در قابلیت عوضین برای نقل نمی توان به عام تمسک کرد، ولی در شک در قابلیت متعاقدین می توان تمسک کرد، احتیاج به تبیین دارد و بیان شما وافی به مقصود نیست.

۲. فرمودید عرف و عقلاء، استثناء واقع در ادله ی نفوذ شرط و صلح را به خاطر مناسبات حکم و موضوع و ارتکازات خودشان به همه ی معاملات سریان می دهند.

عرض می کنیم این مطلب بسیار مهمی است که نیاز به احراز دارد. به نظر می رسد عرف دقی(۱) در این جا با توجه به نکاتی که بیان می کنیم توقف می کند و این اسراء را انجام نمی دهد و آن این که:

طبیعت شرط و صلح به گونه ای است که افراد می توانند هرچه را که بخواهند با شرط یا صلح تحمیل کنند و اگر ادله ی صلح و شرط مذیّل به آن ذیل «الا ما خالف حکم الله» نباشد، در مظانّ آن است که افرادی بعضی از محرمات اعم از محرمات تکلیفی، وضعی، محرمات مشکوکه یا حتی محرزه را تحت عنوان شرط یا صلح، بر خود یا دیگران لازم کنند؛ چون شرط و صلح حداقل از حیثی قلیل المؤونه است(۲)؛ لذا برای این که چنین سوء استفاده ای نشود، شارع خصوص دلیل نفوذ شرط و صلح را با عنوانی متصلاً یا منفصلاً تخصیص زده

۱- عرف ساذج بدوی فهمش حجت نیست، علاوه آن که چنین اسرائی هم انجام نمی دهد.
۲- صلح آن قدر کشش دارد که همه چیز را شامل می شود. حتی صلح بدون دعوا و بدون عوض بنا به نظری هم جایز است. و نیز معاوضه ی غرری با صلح جایز است و ... . شرط نیز آن قدر وسعت دارد که آن چیزهایی که در ضمن بیع، اجاره و عقود دیگر نمی توان انجام داد، با شرط الزام می کنند. شروطی که الان در ضمن نکاح ذکر می کنند با خود نکاح الزامی نبود و با شرط الزامی می کنند.

است، به خلاف عقود دیگر که ذاتاً ضیق دارند و آن سعه ی صلح و شرط را ندارند، لذا در مظان سوء استفاده مثل شرط و صلح نیستند.

از طرف دیگر مخصصاتی اعم از تکلیفی و وضعی بر عموماتی مانند (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)، (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ)، (تِجارَةً عَنْ تَراضٍ مِنْكُمْ) وارد شده، مثل نهی از بیع غرری، بیع ربوی، قرض ربوی، یا نهی از جعل خیار در نکاح یا نهی از تعلیق إنشاء در همه ی عقود که البته با دلیل اجماع ثابت شده است و ... .

لذا ممکن است شارع با توجه به ضیق ذاتی این عقود و وجود این تخصیصات خواسته باشد بقیه ی موارد را تنفیذ کند؛ یعنی هرچه که خارج از ضیق ذاتی این عقود و خارج از این مخصصات باشد نافذ است. بدین جهت آن مخصصی را که برای شرط و صلح قرار داده برای عمومات عقود و معاملات قرار نداده است تا مجتهد بتواند غیر مواردی را که شارع تخصیص زده حکم به تنفیذ کند.

با وجود این احتمال که رادعی از آن وجود ندارد، دیگر عرف دقّی و عقلاء القاء خصوصیات بین شرط و صلح و بین سایر عقود نمی کنند. بنابراین این که شما فرمودید عرف و عقلاء خصوصیتی برای صلح و شرط نمی بینند و تخصیص و استثناء شرط و صلح را به سایر عقود اسراء می دهند درست نیست و واقعاً احتمال خصوصیت داده می شود.

۳. امّا این که فرمودید: اگر هم عرف و عقلاء اسراء ندهند، عقل به تنهایی حکم می کند که عقود معاملی یا هر عقدی نباید مخالف شرع و مغیّر حکم الله باشد و این یک مخصص لبّی است.

عرض می کنیم: این فرمایش شما را فی الجمله قبول داریم که یک قید لبّی در این جا وجود دارد، امّا این که با این عنوان «الا ما خالف حکم الله» استثناء شده باشد و این عنوان موضوعیت داشته باشد به نحوی که عام بعد از تخصیص به آن،

معنون به عنوانِ «غیرِ عنوان مذکور» [مانند عنوان «عقودِ غیر مخالف شرع»] شود که در نتیجه شک در صدق آن بر موارد مشکوک داشته باشیم، ثابت نیست و عقل این اندازه درک نمی کند.

عقل فقط درک می کند عقود نباید مشتمل بر مواردی باشد که شارع وضعاً یا تکلیفاً آن ها را به حمل شایع(۱) خلاف شرع قلمداد کرده است؛ نه این که عقل عنوانی را خارج کند و پیدا کردن مصادیق به عهده ی مخاطب باشد.

در حقیقت ما نحن فیه نظیر آن است که شارع فرموده باشد: «اکرم کل عالم» و می دانیم عالم فاسق، عالم شاعر، عالم نحوی را اخراج کرده، ولی نمی دانیم عالم صرفی را نیز اخراج کرده یا خیر. در چنین جایی که در حقیقت شک در تخصیص زائد است، بعد از فحص تمسک به عموم عام می کنیم؛ چون عام برای ضرب قاعده القاء شده و موارد شک در تخصیص زائد را پوشش می دهد.

بلکه چه بسا در مورد شرط و صلح نیز بتوان گفت: خود عنوان «ما خالف حکم الله» موضوعیت ندارد و اشاره به موارد است یعنی به حمل شایع مراد است و خود مفهوم قید برای عام نیست. لذا در موارد شک می توان به عام تمسک کرد.

بنابراین ادعای این که این عمومات به القاء خصوصیت صلح و شرط یا به حکم عقل مقید به عدم مخالفت با شرع بعنوانه شده باشد ثابت نیست؛ لذا تمسک به عام در موارد شک، تمسک به عام در شبهه ی مصداقیه ی مخصص نیست و منعی از تمسک به عام وجود ندارد.

۱- «موارد» به حمل اوّلی و به صورت عنوان و مفهوم قید نشده، بلکه به حمل شایع قید شده است، لذا در حقیقت عام معنون به عنوان دیگری نشده تا شک در صدق آن، نسبت به افراد مشکوک داشته باشیم. (امیرخانی)

راهی برای تمسک به عام علی فرض تثبیت اشکال مرحوم امام قدس سره –

علی فرض این که اشکال مرحوم امام قدس سره – تثبیت شود و بگوییم همه ی عمومات دارای مخصص لبّی با عنوان «إلا ما خالف الشرع» است و این عنوان موضوعیت داشته به نحوی که عام بعد از تخصیص به آن، معنون به عنوانِ «غیرِ عنوان مذکور» شده و در نتیجه تمسک به عام در موارد مشکوک، تمسک به عام در شبهه ی مصداقیه ی مخصص باشد، آیا راهی برای برون رفت از شبهه و در نتیجه تمسک به عام وجود دارد؟

کثیری از أعلام از جمله مرحوم آخوند قدس سره – در ذیل مبحث عام و خاص(۱) راه حلی ارائه کرده اند و آن این که: با جریان اصل محرز می توان موارد مشکوک را از تحت عنوان مخصص خارج کرده و در نتیجه با ضمّ وجدان به اصل، حکم عام را جاری کرد.

به عنوان مثال دلیلی که می گوید: «المرأه تری الحمره الی خمسین سنه الا القرشیه» اگر در مورد زنی که مشکوک است قرشی است یا غیر قرشی، به عموم یا اطلاق «المرأه تری الحمره إلی خمسین سنه» تمسک شود تمسک به عام یا

۱- کفایه الأصول، ص۲۲۳: لا یخفی أن الباقی تحت العام بعد تخصیصه بالمنفصل أو کالاستثناء من المتصل لما کان غیر معنون بعنوان خاص بل بکل عنوان لم یکن ذاک بعنوان الخاص کان إحراز المشتبه منه بالأصل الموضوعی فی غالب الموارد إلا ما شذ ممکنا فبذلک یحکم علیه بحکم العام و إن لم یجز التمسک به بلا کلام ضروره أنه قلما لا یوجد عنوان یجری فیه أصل ینقح به أنه مما بقی تحته مثلا إذا شک أن امرأه تکون قرشیه او غیرها فهی و إن کانت وجدت إما قرشیه أو غیرها فلا أصل یحرز أنها قرشیه أو غیرها إلا أن أصاله عدم تحقق الانتساب بینها و بین قریش تجدی فی تنقیح أنها ممن لا تحیض إلا إلی خمسین لأن المرأه التی لا یکون بینها و بین قریش انتساب أیضا باقیه تحت ما دل علی أن المرأه إنما تری الحمره إلی خمسین و الخارج عن تحته هی القرشیه فتأمل تعرف.

اطلاق است در شبهه ی مصداقیه ی مخصص و مقیّد و جایز نیست، ولی می توان آن را با استصحاب عدم قرشیت از تحت مخصص [مقیّد] خارج کرد و در نتیجه با ضمّ وجدان به اصل یعنی مرأه موجود است بالوجدان و قرشیت مرأه منتفی است بالأصل حکم به «تری الحمره الی خمسین سنه» می شود.

إن قلت: نمی توان زمانی را فرض کرد که مرأه موجود بود ولی قرشیت موجود نبود؛ زیرا این وصف ذاتی است و هر زن قرشی از همان لحظه ای که موجود می شود وصف قرشیت را دارد؛ لذا نمی توان زمانی را فرض کرد که موجود شده ولی وصف قرشیت نداشته است. بنابراین حالت سابقه ندارد و نمی توان استصحاب جاری کرد.

قلت: بله استصحاب عدم نعتی در این جا جاری نیست؛ چون حالت سابقه ندارد، امّا استصحاب عدم ازلی به نحو کان تامّه جاری است به این صورت که وقتی مرأه نبود، از باب سالبه به انتفاء موضوع انتساب وی به قریش هم نبود، شک می کنیم وقتی که مرأه موجود شد وصف قرشیت و انتساب به قریش نیز همراه او موجود شد یا نه، استصحاب عدم می کنیم.

با همین بیان در ما نحن فیه نیز می توانیم استصحاب جاری کنیم؛ به این صورت که از تحت عموماتی مانند (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) عنوان وجودی «ما خالف الشرع» خارج شده است؛ یعنی «اوفوا بالعقود إلا إذا کان مخالفاً للشرع» حال اگر حقی که قابلیت انتقال شرعی آن مشکوک است تحت یکی از عقود واقع شود، وجدانا عقد محقق شده است [عرفاً]، ولی نمی دانیم وصف مخالفت با شرع نیز محقق شده یا نه، می گوییم وقتی که عقد محقق نشده بود وصف مخالفت آن با شرع هم نبود، با تحقق عقد شک می کنیم که وصف مخالفت با شرع همراه عقد محقق شد یا نه، استصحاب عدم ازلی تحقق آن وصف جاری می کنیم. بنابراین

با ضم وجدان به اصل که این عمل عقد است وجداناً و غیر مخالف شرع است بالاصل مشمول حکم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) می شود.

بله اگر کسی مانند محقق نائینی و حضرت امام قدس سرهما - منکر استصحاب عدم ازلی باشد، با این روش نمی تواند موضوع (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) را احراز کند.

تمسک به عمومات برای اثبات قابلیت نقل حقوق ابداعی شارع

تا این جا بیان کردیم حقوقی که عقلاء ابداع و شارع آن را امضاء کرده است مانند حق تحجیر، بعضی خیارات و ... اگر قابلیت نقل آن نزد عرف احراز شود با تمسک به عمومات می توان قابلیت شرعی آن را نیز اثبات کرد.

اکنون سؤال در این است که آیا با تمسک به عمومات می توان قابلیت نقل حقوقی را که شارع خود ابداع کرده و نزد عرف صرف نظر از شرع وجود ندارد، مانند خیار حیوان و ... اثبات کرد؟

در پاسخ می گوییم: اگر عرف درک کند حقی که شارع جعل کرده مانند سایر حقوق قابل نقل است، می توان با تمسک به عمومات قابلیت نقل را اثبات کرد؛ زیرا بدین معناست که شارع حقی نظیر حقوقی که عقلاء در میان خود دارند جعل کرده و همان احکام و آثار را دارد.

امّا اگر عرف احراز نکرد که حق ابداعی شارع مانند سایر حقوق بوده و همان آثار و احکام را داراست، بلکه احتمال داد شارع قابلیت نقل برای آن اعتبار نکرده باشد دیگر نمی توان با تمسک به عمومات، قابلیت نقل را اثبات کرد و باید به قواعد دیگر و اصول عملیه رجوع کرد.

شک در قابلیت اسقاط حق

اشاره

طبق تعریفی که قبلاً درباره ی حق ارائه کردیم معلوم شد که حق، ملازم با قابلیت فعلی اسقاط نیست، بلکه فقط زمینه ی اسقاط دارد و حقوقی مانند حق ولایت، حق ابوت، حق اخوت و ... قابلیت فعلی اسقاط ندارد. قبل از این که حکم شک در قابلیت فعلی اسقاط حق را بیان کنیم مناسب است ابتدا حقیقت اسقاط را توضیح دهیم.

حقیقت اسقاط

اشاره

همان طور که در تعریف حق بیان کردیم حق مفهومی ذات تعلق است و نیاز به متعلق دارد. متعلق آن اگر همیشه فعل نباشد غالباً فعل است. حتی در مثل حق تحجیر که حق، اضافه به سببش شده، متعلق آن حقیقتاً فعل یعنی إحیاء ارض است.

در این که حقیقت اسقاط حق چیست، آیا رفع آن اضافه ای است که بین ذی الحق و متعلق حق وجود دارد، یا رفع طرف اضافه یعنی ذی الحق یا متعلق حق است؟ از ظاهر بعض کلمات استفاده می شود که احتمالات متعددی وجود دارد.

نظیر این سؤال در مورد إعراض از ملک نیز مطرح است که آیا إعراض از ملک به معنای رفع ملکیت است که به تعبیر بعضی «اضافه» می باشد یا رفع طرفِ اضافه یعنی رفع طرفیتِ مالک یا رفع طرفیتِ مملوک است؟ به خاطر این که در تحلیل ملک، سه مفهوم مالک، مملوک و ملک (به معنای مصدری) تصور می شود؛ کما این که در تحلیل حق، سه مفهوم ذی الحق، متعلق حق و اضافه ی حقی تصور می شود. لذا در اسقاط حق این سؤال پیش می آید که آیا اسقاط حق به رفع آن اضافه ی حقی است یا رفع ذی الحق است از طرفیت حق یا رفع متعلق حق از طرفیت حق؟ کما این که در إعراض از ملک سؤال است که آیا رفع اضافه ی ملکی است یا رفع مالک از طرفیت ملک یا رفع مملوک از طرفیت ملک؟

نظر محقق نائینی قدس سره – در حقیقت إعراض، نقل و اسقاط

محقق نائینی قدس سره –(۱) در بحث إعراض از ملک می فرماید: إعراض از ملک به

۱- المکاسب و البیع (للمیرزا النائینی)، ج ۱، ص۸۷: فاعلم أن الدلیل و الاعتبار یساعدان مع کون التبدیل بین المالین لا بین الإضافتین، و ذلک لأن دلیل سلطنه الناس علی أموالهم انما یقتضی ثبوتها علی الأموال لا علی الملکیه الاعتباریه التی بینها و بین أربابها، فتبدیل الملکیه بالملکیه یحتاج الی ثبوت سلطنه علی الملکیه لأن الملکیه بنفسها عباره عن السلطنه علی المال و لا معنی للسلطنه علی السلطنه و لو فرض تصور معنی لذلک فلا دلیل علی ثبوتها، و لعله لذلک یقال بعدم زوال الملکیه عن المال بالإعراض حیث لا دلیل علی ثبوت السلطنه للمالک علی إزاله الملکیه عن ملکه، هذا بحسب الدلیل، و أما بحسب الاعتبار فللوجدان الحاکم بأن فعل البائع و المشتری لیس إلا نقل الأموال لا نقل الملکیه القائمه بها فالبائع یعطی المثمن لا أنه یعطی واجدیته له و المشتری أیضا یعطی الثمن لا واجدیته له، و هکذا فی جمیع العقود سواء کانت معاوضیه أو بلا عوض. (فان قلت) هذا لا یتم فی مثل الهبه فإنها تملیک مجانی، و معناه هو إعطاء الملکیه فالمنشأ فی الهبه هو الملکیه بلا عوض (قلت) لا فرق فیما ذکرناه بین الهبه و غیرها ففی الهبه أیضا یکون نقل المال إلا أنه بلا عوض و لازم انتقال المال عن الواهب الی المتهب بنقل الواهب فی عالم الاعتبار هو انعدام ذلک الخیط الاعتباری و الإضافه التی کانت بین الواهب و بین المال و حدوث إضافه أخری

بين المتهب و بين المـال الموهوب، لاـ أن فعل الواهب ابتـداء هو إعطاء خيطه الاعتبارى و إضافته إلى المتهب، (فالمتحصل) من هـذا الأمر هو أن حقيقه البيع عباره عن مبادله المال بالمال بمعنى تبـديل أحـد طرفى الإضافه بطرف إضافه أخرى لا نفس تبديل اضافه بإضافه أخرى. • منيه الطالب فى حاشـيه المكاسب، ج ١، ص٣۴: قوله قدس سره البيع و هو فى الأصل كما عن المصباح مبـادله مال بمال ... على أىّ حال هـذا التعريف و تعريفه بأنّه تمليك العين بالعوض لا يرجع إلى معنى واحـد فإنّ ظاهر التّعريف الأـوّل أنّ المعـامله تقع بين المملوكين و التعريف الثّـانى أنّ المقابله تقع بين السّـلطنتين و لا إشـكال أنّ فى مقام الخارج و ما هو المتعارف بين النّاس و من أعظم ما يتوقف عليه عيش بنى آدم و هو تبـديل الأموال لا تبديل الملكيه الّتى هى عباره عن السّـلطنه على المال فإنّ النّاس مسلّطون على أموالهم و ليس لهم السّلطنه على سلطنتهم و سيجى ء فى محلّه أن جواز الإعراض عن الملك و نفوذه و ليس من جهه شـمول الناس مسـلطون على أموالهم له فإن الإعراض إذهاب موضوع السـلطنه و ليس مندرجا فى عموم السـلطنه و بـالجمله قـد أشـرنا فى أول المكاسب المحرمه أن باب المعاوضات مقابل لباب الإرث فإن فى الإرث يتبـدل المالكان دون المملوكين و باب المعاوضات بعكس ذلك فيتبـدل بها المملوكان. و حاصـله أن فى عالم الاعتبار كل من صاحب الطعام و صـاحب الـدراهم واجـد لإضافه و أحـد طرفى الإضافه قائم بالمالك و طرفها الآخر بالمملوك و التبـديل عباره عن حل الإضافه القـائمه بالطعـام و جعلهـا قـائمه بالـدراهم و هـذا الحل من آثار واجـديه الإضافه لا أن الإضافه بتمامها تتبـدل بإضافه أخرى فإن الإضافه عباره عن السـلطنه على المال و إذا كان التبديل واقعا بين السـلطنتين فيتوقف صحته على أن يكون ذو السلطنه له السلطنه على السلطنه و هكذا و على هذا فالحق أن البيع هو مبادله مال بمال أو تبديل مال بمال و ليس عباره عن تمليك العين بعوض إلا أن يكون المقصود من هـذه العباره التعريف باللازم فإن لازم تبديل العين تحقق الملكيه للمشترى. ... و أما الملكيه الاصـطلاحيه الـتى هى مـن إحـدى المقولاـت فهى أضـعف رتبـه و أنزل درجه من الجـده الحقيقيه و أمـا الجـده الاعتبـاريه فهى أضـعف من المرتبتين السابقتين و لكن لها نحو تحقق فى عالم الاعتبار و تكون منشأ للآثار و بها يتبـدل الأموال و أما هى بنفسـها فليست قابله للتبـديل ابتداء لأنه ليس للمالك ملكيه على الملكيه من غير فرق بين باب البيع و غيره حتى فى مثل الهبه المجانيه فإن الواهب لا يملـك المتهب ابتـداء بـل يعطيه المال فإذا أعطاه إياه ينخلع عنه الإضافه و يلبسـها الآخر فهو يصـير واجـدا. و لا مانع عن تعريف البيع بـأنه تمليـك عين بعوض و عن الهبه بأنهـا تمليك مجانى إذا كان المقصود منه تبـديل المال أو إعطاءه فإن مقصودنا أن ما هو الواقع خارجـا و الثـابت فى عالم الاعتبار هو أن صاحب المال له إضافه و جـده كان المالك فى شـرق العالم و المملوك فى غربه أو كان تحت يـده و بلحاظ مالكيته لهـذه الإضافه مسـلط على تبـديل ماله و هكـذا لو كان ذا حق أيضا فله إسـقاط حقه أو تبديله بأمر آخر من جهه سلطنته عليه لا تبديل نفس السلطنه.

معنای از بین بردن اعتباری طرف اضافه یعنی مملوک است که به تبع آن خود اضافه یعنی ملکیت از بین می رود؛ چون آن چه مالک بر آن تسلط دارد مملوک است؛ نه ملکیت. مثلاً زید که مالک کتاب است یعنی مسلط بر کتاب است و می تواند آن را جابه جا یا در عالم اعتبار اعدام کند، ولی بر ملکیت کتاب تسلطی ندارد تا بتواند در عالم اعتبار اعدام کند؛ چون انسان مالک ملکیتش نیست که بر آن تسلط داشته و بتواند تصرف کند.

ایشان در تشبیه معقول به محسوس، ملکیت و اضافه ی ملکی را به رشته و خیطی تشبیه می کنند که از طرف مالک به مملوک بسته شده است و در حقیقتِ نقل می فرمایند: آن چه در نقل، معاوضه می شود مملوک است و آن رشته تغییر نمی کند؛ مثلاً در مبادله ی کتاب زید با قلم عمرو، در حقیقت آن خیط و رشته ای که بین زید و کتابش بسته شده تغییر نمی کند، بلکه آن سر خیط که به کتاب بسته شده باز می شود و به جای آن به قلم بسته می شود و نیز آن خیطی که بین عمرو و قلمش بسته شده تغییر نمی کند، بلکه آن سر خیط که به قلم بسته شده باز می شود و به جای آن به کتاب بسته می شود.

این مبنای محقق نائینی قدس سره - در مورد إعراض از ملک با این سازگار است که ایشان اسقاط حق را نیز به معنای اسقاط طرف و متعلق حق بدانند؛ نه اسقاط اضافه ی حقی؛ چراکه حق، همان ملک حیثی است و انسان نسبت به حق خود دیگر حق ندارد تا آن را اسقاط کند، بلکه نسبت به محقوق و متعلق، حق دارد و می تواند آن را اسقاط (اعدام اعتباری) کند. ولی در عین حال در جایی(۱) تصریح

۱- منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، ج ۲، ص۲۷: قوله قدس سره و من المسقطات إسقاط هذا الخیار بعد العقد إلی آخره لا إشکال فی سقوطه بالإسقاط إنّما الکلام فی مدرکه و الاستدلال بفحوی النّاس مسلّطون غیر تامّ لأنّه لو فرض دلالته بالصّراحه علی تسلّط النّاس علی حقوقهم لا یفید ذلک لأنّ السّلطنه علی المال و الحقّ هی أن یتصرف فیهما بالتصرّفات التی تحت سلطنته لا التّصرفات الّتی فوق سلطنته و بعباره واضحه ذکرنا فی أوّل الخیارات أنّ مثل النّاس مسلّطون لا یدلّ علی صحّه الإعراض عن الملک الّذی هو إذهاب موضوع الملک فلا یدلّ علی التسلّط علی إسقاط الخیار الّذی هو إذهاب موضوع الحقّ لأنّ التسلّط علی الحقّ معناه نفوذ تصرّفه فیه بالنّقل و أمثاله کإعمال الخیار بالفسخ أو الإمضاء لا إعدامه لإسقاطه اللّهمّ إلّا أن یقال إنّ الإعراض عن الملکیّه و إن لم یکن من أنحاء السّلطنه علی الملک لأنّ السّلطنه عباره عن الاقتدار و الاقتدار علی سلب الاقتدار لیس تحت الاقتدار إلّا أنّه لیس الحقّ مثل الملکیّه لأنّ المملوک له وجود عینی غیر الإضافه الحاصله بینه و بین المالک و وجوده العینی غیر قابل للإعدام إلّا بنحو الشرب و الأکل الّذی هو تحت السلطنه لا إعدامه بنحو الإتلاف الغیر المرخّص فیه شرعا. و بعباره واضحه إعدام المملوک لیس من أنحاء السّلطنه علی الملک لأنّه لا یمکن إعدامه تشریعا و فی عالم الإنشاء بل ما هو قابل للتصرّف هو الإضافه الحاصله بینه و بین المالک و هذا بخلاف الحقّ فإنّه لیس إلّا الإضافه الخاصّه و قد لا یکون لمتعلّق الحقّ وجود عینیّ و الإضافه الخاصّه قابله للتصرّف و لو بنحو الإعدام و لا ینتقض هذا بمثل حقّ التّحجیر و حق الرهانه و نحو ذلک من الحقوق المتعلقه بالعین فإن تعلّقها بها لیس کتعلّق الإضافه المالکیّه بالملک فإنّ الملک وجوده العینی ملک للمالک و هذا بخلاف الحقّ المتعلّق بالعین فإنّ العین إمّا تکون ملکا لغیر ذی الحقّ أو تکون من المباحات فنفوذ تصرّف ذی الحقّ لیس إلّا بمعنی السّلطنه علی الإسقاط بل أظهر آثار السّلطنه علی الحق إعدامه إنشاء فبنفس قوله أسقطت حقی ینعدم الحقّ و لیست السّلطنه علیه إلّا عباره عن إعدامه أو نقله إلی الغیر لو کان قابلا للنّقل.

می کننـد: از آن جا که حق اضافه ی خاصه است و برای آن چه بسا متعلّق خارجی نباشـد و چون خود قابل تصـرف است پس می توان آن را اسقاط کرد.

نظر محقق اصفهانی – رحمه الله علیه – در حقیقت اعراض، نقل و اسقاط

جناب محقق اصـفهانی – رحمه الله علیه – که مفصل تر از همه وارد بحث حقیقت اسقاط شده ابتدا وجهی را بیان می کنند(۱) که به نظر می آید اسقاط، رفع اضافه ی حقی نیست،

۱- رساله فی تحقیق الحق و الحکم، ص۴۶: ثم إنّ الاسقاط هل هو بمعنی رفع الإضافه أو إخراج الشخص أو الطرف عن الطرفیه للإضافه؟ ربّما یترجح الثانی فی النظر، نظرا إلی أنّ الحق ربّما لا یعقل رفعه لقیامه مع وحدته بمتعدد، کما فی إرث حق الشـفعه، فـإنّ إسـقاط بعض الورثه حقه جـائز مع بقـاء الحق بالإضـافه إلی البـاقی، و الحق الواحـد لاـ یتعـدد فـإنّه خلف، و لا یتجزئ و لا یتبعّض فـإنّه بسـیط، فلاـ معنی لإسـقاط الحق إلّـا إخراج أحـد الورثه نفسه عن الطرفیه للإضـافه الشخصـیه، فیسـتقل بـاقی الورثه بـالطرفیه للإضـافه. إلّـا أنّ التحقیق: أنّ الاسـقاط هو رفع الإضـافه، و یلزمه خروج الطرف عن الطرفیه، لا أنّه عینه، فإنّ الغرض إن کـان إسـقاط من أصـله کـان سـقوطه منافیا لثبوته، و أمّا إن کان سـقوطه عن نفسه فهو لا ینافی ثبوته لغیره. و بالجمله: الاسـقاط کالنقـل یضـاف إلی نفس الحق، فـإنّ الحق– المقابـل للعین و المنفعه و عمـل الحرّ فی کلاـم المصـنف رحمه اللّه و غیره– نفس الإضافه، لا متعلقه الذی لا یخرج عن کونه أحد الأشـیاء المتقدمه، و بهذا المعنی أشـکل المصـنف رحمه اللّه فیما سیأتی إن شاء الله تعـالی علی جعـل الحق عوضـا بـأنّه لیس بمال، مع أنّه متعلقه مال قطعا، ففی مثل حق التحجیر الـذی هو مورد هـذا الإیراد فی کلامه قـدّس سرّه، لیس مورد الإشـکال فی المالیه إلّا نفس الاعتبار، لا الأرض المحجره التی لا شـبهه فی مالیتها هذا هو الکلام فی حقیقه الاسـقاط. أمّـا حقیقه النقل فقـد بیّنا سابقا أنّ النقل الاعتباری إخراج الشـی ء عن طرف إضافه ملکیه نفسه إلی الطرفیه لإضافه ملکیه غیره، فنقل من طرف هذه الإضافه إلی طرف إضافه أخری، و لذا قلنا بأنّ البیع لا یستلزم النقل دائما، فإنّ بیع الکلی صحیح مع أنّه لا نقل فیه من طرف إضافه إلی أخری، بل تملیک ابتدائی. و علیه فیشـکل الأمر فی نقل إضافه الحق فإنّ النقل إن کـان متعلقـا بطرف الحق کـان النقـل صـحیحا، فـإنّ ذا الحق یخرج الأـرض المحجره من طرف إضـافته الحقیه إلی طرف إضافه أخری، و أمّـا نقـل نفس الإضـافه المضـافه بـذاتها فغیر معقول، لأنّ الإضافات تتشـخص بأطرافها، فشـخص العین قابل للنقل دون شخص الإضـافه، فلاـ بـد من أن یکون النقـل فیها بالعنایه و بنظر الوحـده، فکأن الإضافه المنقوله من طرف نفسه إلی طرف غیره شخص تلک الإضافه، هذا کله فی بیان حقیقه الإسقاط و النقل.

بلکه رفع طرف حق است و مقصودشان از طرف حق، ذی الحق است؛ یعنی ذی الحق از طرفیت حق برداشته می شود. به خاطر این که در مواردی که ذی الحق متعدد و حق واحد است، با رفعِ یدِ بعضی از حق خود، از دیگران ساقط نمی شود، در حالی که اگر به معنای رفع اضافه ی حقی بود از همه ساقط می شد؛ مثلاً در حق شفعه ای که به وراث متعدد به ارث می رسد اگر یکی از وراث حق خود را اسقاط کند، با این که حق شفعه واحد است حق بقیه اسقاط نمی شود، در حالی که اگر اسقاط، رفع اضافه ی حقی بود، یک نفر که اسقاط می کرد باید کل حق ساقط می شد؛ چون واحد است، در حالی که می دانیم این حق برای دیگران باقی است. پس معلوم می شود با اسقاط، خودش را از طرفیت حق خارج کرده است، نه این که اضافه ی حقی از بین رفته باشد.

محقق اصفهانی - رحمه الله علیه - بعد از ذکر این وجه می فرماید: ولی حقیقت آن است که اسقاط، رفع اضافه است؛ نه اخراج ذی حق از طرفیت اضافه. و در مورد مثال مذکور که حق واحد و ذو الحق متعدد است کأنّ می خواهند بفرمایند عبارت ایشان خیلی واضح نیست همان حق واحد به نوعی تقسیم پذیر است و هر کدام از صاحبان حق که اسقاط کند در حقیقت اضافه ی مربوط به خودش را رفع می کند که به تبع خودش هم از طرفیت اضافه خارج می شود؛ چون با رفع اضافه، ذی حق نیز از طرفیت اضافه برداشته می شود.

محقق اصفهانی - رحمه الله علیه - سپس تذکری می دهند که کسی فکر نکند اسقاط به معنای رفع متعلَق است؛ چون متعلق حق، یا عین است یا منفعت [یا عمل حر]. مثلاً در حق تحجیر که متعلق حق، ارض محجره می باشد، معنا ندارد که خود ارض اسقاط شود یا در حق خیار که متعلق حق، فسخ و امضاء می باشد، معلوم است که خود حق اسقاط می شود؛ نه فسخ یا امضاء. کما این که در نقل حق نیز در حقیقت

خود حق نقل می شود؛ نه متعلق حق؛ مثلاًـ در حق تحجیر، ارض محجره به دیگری نقل نمی شود بلکه حقِ متعلق به ارض محجره نقل می شود. گرچه ایشان در کلامشان می فرمایند اگر در نقل حق، متعلق نقل شود اشکالی در نقل وجود ندارد، امّا از مجموع کلامشان استفاده می شود که این یک فرض است و نقل به خود اضافه ی حقّی تعلّق می گیرد.

بر خلاف ملک که در آن، مملوک و متعلق ملک نقل می شود؛ نه ملکیت. به این معنا که عین از طرفیت ملکیت بایع خارج شده و به طرفیت ملکیت مشتری درمی آید و بالعکس؛ مثلاًـ در مبادله ی کتاب زید با قلم عمرو، زید کتاب را از طرفیت ملکیت خود خارج کرده و به طرفیت ملکیت عمرو در می آورد، چنان که عمرو نیز قلم را از طرفیت ملکیت خود خارج ساخته و به طرفیت ملکیت زید در می آورد.(۱)

محقق اصفهانی قدس سره - سپس مطلبی را در ضمن مطالبشان در این جا ذکر می کنند(۲) و آن این که بیع همیشه مستلزم نقل نیست، لذا تعریف بیع به نقلِ شیئی از ملکیت یکی به ملکیت دیگری صحیح نیست؛ زیرا گاهی بیع تملیک ابتدایی است، بدون آن که نقلی از طرفیت اضافه ی یکی به طرفیت اضافه ی دیگری محقق شود؛ مثلاً در بیع کلی در باب سلف که یک کیلو گندم می فروشد اصلاً گندمی وجود ندارد که طرف ملکیت باشد ولی در عین حال بیع نزد همه صحیح است. پس در این جا با این که نقلی به این معنا که از طرفیت ملک بایع خارج شده و به طرفیت ملک

۱- محقق اصفهانی قدس سره - مثال خیط را که محقق نائینی قدس سره - ذکر کردند به خاطر نکته ای که به آن توجه دارند نمی زنند، بلکه می فرمایند: مملوک از طرفیت اضافه ی مالک خارج شده، داخل در طرفیت اضافه ی شخص دیگر می شود.

۲- ظاهراً محقق اصفهانی قدس سره - این مطلب را متفرع بر این که در بیع، خود اضافه نقل نمی شود بلکه طرف اضافه منتقل می شود می کنند؛ چراکه اگر بیع نقل خود اضافه باشد بیع کلی در ذمه صحیح نیست؛ چون صاحب ذمه ملکیتی نسبت به ذمه ی خود ندارد تا آن را به دیگری منتقل کند، بلکه آن مملوک را صرف نظر از این که طرف اضافه است منتقل می کند. البته عبارت محقق خالی از ابهام نیست. (امیرخانی)

مشتری داخل شود وجود ندارد و تملیک ابتدائی است، امّا بیع صحیح است. بنابراین معلوم می شود که تعریف بیع به نقل صحیح نیست.

محقق اصفهانی قدس سره - بعد از تبیین معنای نقل می فرماید: امر در نقل اضافه ی حق مشکل است؛ زیرا هر اضافه ای متقوّم به اطرافش است و با تغییر طرفین یا طرف اضافه، آن اضافه معدوم و اضافه ی دیگری محقق می شود، پس نمی توان خود حقّ را به دیگری منتقل کرد. از طرف دیگر فرض این است که در نقل حق، متعلَق حق منتقل نمی شود؛ مثلاً در حق تحجیر، ذو الحق ارض محجَّره را که به دیگری منتقل نمی کند هر چند اگر خود ارض محجَّره را منتقل می کرد مانعی نداشت بلکه فرض آن است خود حق را منتقل می کند؛ لذا ناچاریم بگوییم این یک تسامح است. هذا کله فی بیان حقیقه الاسقاط و النقل.

نظر محقق اصفهانی - رحمه الله علیه - در مورد اعراض نیز علی القاعده باید مانند اسقاط باشد؛ یعنی اعراض، رفع ملکیت است؛ نه اخراج مالک یا مملوک از طرفیت ملک، ولی ایشان در جایی تصریح می کنند که اعراض را موجب خروج از ملکیت نمی دانند(۱) و در جای دیگر در بحث خیارات می فرمایند: «الاعراض علی القول به إعراض عن المال لا عن الملکیه»(۲).

۱- رساله فی تحقیق الحق و الحکم، ص۴۶: قلنا بأنّ الاعراض عن الملک لا یوجب سقوط الملکیه أو سقوط المملوک عن الملکیه فإنّ السقوط کالثبوت یحتاج إلی سبب جعلی.

۲- حاشیه کتاب المکاسب (للأصفهانی، ط - الحدیثه)، ج ۴، ص۱۱۸: قوله قدّس سرّه: (و لعله لفحوی تسلط الناس علی أموالهم .. إلخ) . تقریب الفحوی: أنّ المراد بالأموال المضافه إلی الناس ما أضیف إلیهم بإضافه الملکیه، فإذا کانوا مسلطین علی أملاکهم فهم أولی بأن یکونوا مسلطین علی حقوقهم، لأنّ من کان له السلطنه علی الأقوی کان له السلطنه علی الأضعف بنحو أولی، و لا یخفی أنّ أمر الملک و إن کان أعظم من أمر الحق لمکان القوه و الضعف، إلّا أنّ هذه الأولویه إنّما تجدی مع اتحاد المورد فی الملک و الحق، و لیس ذلک إلّا بملاحظه المشابهه بین الإبراء و الإسقاط، فإنّ الإبراء یتعلق بالملک الذمی، و الاسقاط یتعلق بالحق، فکلاهما إسقاط فی اللب. و فیه: أنّ الملک کما ینحل إلی ملکیه و ذات المملوک کذلک الحق ینحل إلی اعتبار الحقیّه و المال أو العقد أو الفعل الذی یتعلق به الاعتبار الحقی، و ما هو قابل للإبراء و له السلطنه علیه ذات الملک، فیبرء ما فی ذمته فتزول الملکیه، لا أنّه یبرء إضافه الملکیه، فله السلطنه علی المال المملوک بالتصرف فیه بإبرائه، لا السلطنه علی الملکیه بإزالتها و إسقاطها، و کذا الاعراض- علی القول به- إعراض عن المال لا عن الملکیه، بخلاف ما نحن فیه فإنّ ما هو اسقاطی هو الحق لا متعلقه من المال أو العقد أو الفسخ أو استرداد العین، و مثله غیر متحقق فی الملک حتی یثبت فی الحق بالأولویه.

نظر مختار در حقیقت إسقاط، نقل و إعراض

نظری که ما در مورد حقیقت إسقاط، نقل و إعراض بیان می کنیم متفاوت با فرمایش محقق اصفهانی قدس سره - و دیگران است و اساساً این پرسش را در مورد حقیقت اسقاط که آیا رفع اضافه است یا رفع ذی الحق یا متعلقِ حق از طرفیت اضافه، پرسشی ناصحیح می دانیم؛ به خاطر این که حق اصلاً قابل انفکاک از متعلق خود و ذی الحق بما هو ذی الحق نیست و رفع هر کدام به معنای رفع هر سه مفهوم می باشد.

توضیح مطلب

همان طور که قبلاً- بیان کردیم حق مفهومی ذات اضافه است به گونه ای که مضافٌ الیه در قوام و ماهیت آن موجود بوده و اصلاً نمی توان حق را بدون مضافٌ الیه که همان محقوق و متعلق حق است تصور کرد. کما این که نمی توان حق را بدون ذی الحق بما هو ذی الحق تصور کرد.

مفاهیم ذات اضافه ی اعتباری، همانند مفاهیم ذات اضافه ی تکوینی و حقیقی قابل انفکاک از طرفین اضافه ی خود نیست؛ یعنی همان طور که نمی توان علم را که از مفاهیم حقیقی است از معلوم و عالم بما هو عالم تفکیک کرد و فرض علم بدون عالم یا بدون معلوم محال بوده و حقیقت علم مشتمل بر عالم و معلوم

است، در مورد حق نیز که از مفاهیم ذات اضافه ی اعتباری است نمی توان بدون محقوق و متعلق حق و بدون ذی الحق بما هو ذی الحق تصور کرد. نمی توان گفت «فلانی حق دارد» بدون این که متعلق داشته باشد یا نمی توان گفت «حقی وجود دارد ولی ذو الحق ندارد» و این نظیر آن است که بگوییم: علم وجود دارد ولی عالم آن علم وجود ندارد! حبّ وجود دارد ولی محبّ ندارد!

بنابراین همان طور که حقیقت علم، عالم و معلوم واحد است و فقط لحاظشان متفاوت است، حقیقت حق، متعلق حق و ذی الحق نیز واحد است و قابل انفکاک از هم نیست، لذا اسقاط حق نیز به معنای اسقاط یک حقیقت سه بعدی و در عین حال بسیط است.

با این توضیح معلوم می شود این سؤال که اسقاط حق آیا اسقاط خود حق است یا اسقاط ذی الحق از طرفیت حق یا اسقاط متعلق حق از طرفیت حق، سؤال درستی نیست؛ چون همیشه ذو الحق و متعلق حق، همراه حق مفروض است و عقلاًـ و عرفاً قابل تفکیک نیست و رفع یکی به معنای رفع هر سه است و حتی این تعبیر که با رفع یکی، به تبع، آن دو نیز رفع می شوند و در کلمات محقق اصفهانی(۱) قدس سره - به آن اشاره شده، صحیح نیست؛ چون هر سه با هم و در یک مرتبه رفع می شوند، نظیر این که با رفع علم، معلوم بالذات و عالم بما هو عالم نه آن ذاتی که علم به آن قائم است نیز در همان مرتبه رفع می شود.

در مورد ملک نیز همین رابطه بین «ملک»، «مالک بما هو مالک» و «مملوک بما هو مملوک» برقرار است و این سه از هم جدایی ناپذیرند. «ملک» بدون

۱- رساله فی تحقیق الحق و الحکم، ص۴۶: التحقیق: أنّ الاسقاط هو رفع الإضافه، و یلزمه خروج الطرف عن الطرفیه، لاـ أنّه عینه، فإنّ الغرض إن کان إسقاط من أصله کان سقوطه منافیا لثبوته، و أمّا إن کان سقوطه عن نفسه فهو لا ینافی ثبوته لغیره.

«مملوک» و بـدون «مالک بما هو مالک» امکان پذیر نیست؛ چون ملک طبق آن چه قبلاً بیان کردیم به معنای وابستگی شیئی به تمام هویت و آثار به دیگری است و وابسته بدون آن چیزی که وابسته به او باشد معنا ندارد و این معنا حتی بالاتر از معنای تضایف مملوک و مالک است که متکافئانند قوهً و فعلاً.

بنـابراین آن هایی که در «نقل ملک» می گوینـد: عین از طرفیتِ اضافه ی ملکی شخصـی به طرفیتِ اضافه ی ملکی دیگری در می آیـد، اگر مقصودشـان این است که عین به وصـف أنّه مملـوکٌ از طرفیت اضـافه ی ملکی زیـد به طرفیت اضـافه ی ملکی عمرو در می آیـد، می گوییم: «مملوک بمـا هو مملوک» بـدون «ملک» و بـدون «مالک بما هو مالک» قابل جابه جایی نیست؛ زیرا از هم قابـل انفکـاک نیست، هر چنـد ذهن بـا تحلیـل تفکیـک می کنـد ولی حقیقتـاً تفکیک پـذیر نیست. لـذا ادعای نقل مملوک بـدون نقل ملکیت و مالک صـحیح نیست. و اگر مقصودشان آن است که «عین بما هی عین» بـدون وصف مملوکیت نقـل می شود، این خارج از محل بحث ماست. چون محل بحث «نقل عین بما هی عین» نیست، بلکه «نقل عین بما هی مملوکهٌ» است.

محقق اصفهانی قدس سره - در مورد نقل حق، فی الجمله به این نکته توجه داشتند و فرمودند:

و أمّـا نقـل نفس الإضـافه المضافه بـذاتها فغیر معقول، لأنّ الإضافات تتشـخص بأطرافها، فشـخص العین قابل للنقل دون شـخص الإضافه، فلا بد من أن یکون النقل فیها بالعنایه.(۱)

۱- أمّـا حقیقه النقـل فقـد بیّنـا سابقـا أنّ النقـل الاعتبـاری إخراج الشـی ء عن طرف إضافه ملکیه نفسه إلی الطرفیه لإضافه ملکیه غیره، فنقل من طرف هـذه الإضافه إلی طرف إضافه أخری، و لـذا قلنا بأنّ البیع لا یسـتلزم النقل دائما، فإنّ بیع الکلی صـحیح مع أنّه لا نقل فیه من طرف إضافه إلی أخری، بل تملیک ابتدائی. و علیه فیشـکل الأمر فی نقل إضافه الحق فإنّ النقل إن کان متعلقا بطرف الحق کـان النقـل صـحیحا، فـإنّ ذا الحق یخرج الأـرض المحجره من طرف إضافته الحقیه إلی طرف إضافه أخری، و أمّا نقل نفس الإضافه المضافه بذاتها فغیر معقول، لأنّ الإضافات تتشـخص بأطرافها، فشـخص العین قابل للنقل دون شخص الإضافه، فلاـ بـد من أن یکون النقـل فیهـا بالعنـایه و بنظر الوحـده، فکـأن الإضـافه المنقوله من طرف نفسه إلی طرف غیره شـخص تلک الإضافه، هذا کله فی بیان حقیقه الإسقاط و النقل.

ولی ما خدمت ایشان عرض می کنیم در مورد نقل ملک نیز تعبیر نقل مملوک یا نقل نفس اضافه مجاز است؛ چون «ملک»، «مالک بما هو مالک» و «مملوک بما هو مملوک» از هم قابل تفکیک نیست و اصلاً در حقیقت نقلی اتفاق نمی افتد، بلکه دو قضیه اتفاق می افتد که از هم منفک نیست و آن این که:

هر یک از بایع و مشتری «مالک بودن خود»، «ملکیت خود» و «مملوکیت مبیع یا ثمن برای خود» را که هر سه تعبیر از یک حقیقت است از بین می برد و مثل آن را در عالم اعتبار برای طرف مقابل ایجاد می کند؛ چون ملکیتی که مثلاً بایع بر کتاب دارد قائم به خودش بوده و «مملوک» و «ملک» نیز متحد با مالک بودن اوست و از هم جدایی ناپذیر است، با جدا کردن یکی از این سه، در حقیقت کل ملکیت نابود می شود و چیز دیگری نیست تا آن را نقل کند، بلکه نظیر آن را در عالم اعتبار برای طرف مقابل ایجاد می کند و این نظیر تعبیر مسامحی نقل علم به دیگری در عالم تکوین است که در حقیقت ایجاد علم است؛ نه نقل علم؛ چون علم هر کسی قائم به نفس اوست و قابل انتقال به دیگری نیست.(۱)

پس در عالم اعتبار نیز تعبیر نقل ملک تعبیر مسامحی است و در حقیقت مالک، ملکیت خود را إفناء کرده و ملکیت جدیدی را برای مالک جدید ایجاد می کند. یعنی همان طور که عقلاء برای کسی که با حیازت صاحب چیزی می شود اعتبار ملکیت می کنند؛ یعنی اعتباری که قبلاً نبوده برای او فرض می کنند، در نقل هم عقلاء به

۱- یا وقتی کسی که خشمگین است دیگری را خشمگین می کند، در حقیقت ایجاد خشم در نفس او می کند؛ نه این که خشم خود را به او منتقل کند، حتی اگر خشم دیگری باعث خاموش شدن خشم خودش شود.

مالک این اجازه را داده انـد که ملکیت را از خود معـدوم کرده و برای دیگری ایجاد کنـد. پس نقل، اعتبار جدید است و تنها فرقی که با اعتبار ملکیت در حیازت دارد آن است که در حیازت، مسبوق به ملک کسی نبوده، ولی در نقل، مسبوق به ملکیت دیگری بوده که آن ملکیت إفناء می شود و ملکیت جدیدی پدید می آید.

آیا إعراض موجب سقوط ملکیت می شود؟

همان طور که بیان کردیم بعضی مثل محقق اصفهانی قدس سره - در این که إعراض از ملک، موجب سقوط ملکیت می شود تشکیک کرده و آن را مؤثر نمی دانند؛ چون دلیلی بر آن وجود ندارد.

إعراض از ملـک، به معنـای قطع وابسـتگی مملوک به مالک در عالم اعتبار است. اگر بخواهیم در عالم تکوین آن را به چیزی تشـبیه کنیم به قطع التفـات به صورت ذهنی تنظیر می کنیم. صورت ذهنی این ویژگی را دارد مـادامی که نفس به آن التفـات دارد موجود است، ولی به مجرد غفلت و صـرف نظر از آن، دیگر آن صورت وجود نـدارد. ملکیتِ اعتبـاری مقتبس از ملکیت حقیقی یـا تکوینی نیز همین ویژگی را دارد؛ یعنی آن وابسـتگی مملوک به تمـام هویت خود به مالک، با رفع التفات مالک از مملوک به همان نحو مناسب عالم اعتبار قطع شده و دیگر آن ملک نخواهد بود.

در سـیره ی عقلائیه نیز این چنین است که اگر کسـی مقداری از اموالش را با التفات در بیابان رها کند و دیگری با علم به این که مالک به قصد رهایی آن را دور انداخته، آن را بردارد هیچ کس او را ملامت نکرده و نمی گوید مال دیگری را برداشته یا در ملک دیگری تصرف کرده است، بلکه با آن اموال دور ریخته شده، معامله ی مباحات می کنند.

این سیره ی عقلائیه به نظر می آید مورد ردع شارع واقع نشده است. بنابراین چنان که مشهور ظاهراً قائلند، إعراض موجب خروج از ملکیت است و تشکیک در مؤثریت إعراض طبق قواعد درست نیست؛ کما این که اسقاط حق نیز موجب ابطال و اعدام حق می باشد.

حکم شک در قابلیت بالفعل إسقاط حق

بیان کردیم بعضی از حقوق، قابلیت بالفعل اسقاط ندارد و آن [معمولاً] حقوقی است که منفعت آن، دو سویه باشد؛ یعنی علاوه بر منفعت ذو الحق، نفعی هم از ناحیه ی آن عائد دیگران شود؛ به خاطر این که فهم عقلاء و نیز متشرعه بر این است که هر کس می تواند آن چه را که به نفع خودش است اسقاط کرده و غمض عین کند، امّا اگر چیزی به نفع دیگری هم بود، نمی تواند اسقاط کند؛ مانند حق ولایت که علاوه بر منفعت والی که می تواند در اموال و نفوس افراد تحت ولایتش تصرف کند، کسانی که تحت ولایتند نیز با این ولایت بهره مند شده، معاش و معاد شان تنظیم می شود. یا حق تولیت اوقاف که علاوه بر منفعت متولی در جواز تصرف وقف (موقوفه)، خود وقف (موقوفه) و موقوفٌ علیهم نیز از تولیت او بهره مند می شوند. همچنین است حق النظاره و ... که منفعت آن دو سویه بوده و قابل اسقاط نیست.

امّا حقوقی که شک داریم علاوه بر منفعت ذو الحق آیا منفعت دیگری نیز در آن لحاظ شده یا نه و در نتیجه شک در قابلیت اسقاط آن حق داشتیم مثل حق حضانت اگر به همان روش هایی که قبلًا اشاره کردیم توانستیم اثبات کنیم که قابل اسقاط است به آن اخذ می کنیم، و الا اگر دلیل ثبوت حق، اطلاق داشت به اطلاقش اخذ می کنیم؛ یعنی اطلاق دلیل ثبوت حق حتی صورتی را که گفته باشد «أسقطت حقی» شامل می شود، پس آن حق باقی بوده و ساقط نشده است. و اگر

دلیل ثبوت حق اطلاق نـداشت، استصـحاب عدم تأثیر إسـقاط و نیز استصـحاب بقاء حق و ... که قبلًا توضـیح دادیم جاری می شود.

بررسی بعض تعاریف بیع و بیان تعریف مختار

اشاره

تعریف بیع در نظر شیخ «إنشاء تملیک عین بمالٍ»

نظر مختار در تعریف بیع «تبدیل مالٍ بمالٍ ما اعتباراً»

بررسی معانی دیگر بیع

بیع و سایر عقود اسم برای صحیح است یا أعم؟

مراتب صحت در معاملات

اسامی معاملات اسم برای سبب است یا مسبب؟

تعریف بیع در نظر شیخ قدس سره –

مرحوم شیخ قدس سره – بعد از ذکر مطالبی در مورد حق، تعاریفی درباره ی بیع از اعیان فقهاء نقل می کنند که هیچ کدام مورد پسندشان واقع نمی شود. سپس خودشان تعریفی را ارائه می دهند و می فرمایند: فالأولی تعریفه بأنّه «إنشاء تملیک عینٍ بمال»(۱).

۱- المکاسب المحرمه (ط – الحدیثه)، ج ۳، ص۱۰: ثمّ الظاهر: أنّ لفظ «البیع» لیس له حقیقه شرعیه و لا متشرّعیه، بل هو باقٍ علی معناه العرفی، کما سنوضّحه إن شاء اللّه، إلّا أنّ الفقهاء قد اختلفوا فی تعریفه، ففی المبسوط و السرائر و التذکره و غیرها: «انتقال عینٍ من شخصٍ إلی غیره بعوض مقدّر علی وجه التراضی». و حیث إنّ فی هذا التعریف مسامحه واضحه، عدل آخرون إلی تعریفه ب : «الإیجاب و القبول الدالّین علی الانتقال»، و حیث إنّ البیع من مقوله المعنی دون اللفظ مجرّداً أو بشرط قصد المعنی، و إلّا لم یعقل إنشاؤه باللفظ عدل جامع المقاصد إلی تعریفه ب : «نقل العین بالصیغه المخصوصه». و یرد علیه مع أنّ النقل لیس مرادفاً للبیع؛ و لذا صرّح فی التذکره: بأنّ إیجاب البیع لا یقع بلفظ «نقلت»، و جعله من الکنایات، و أنّ المعاطاه عنده بیع مع خلوّها عن الصیغه: أنّ النقل بالصیغه أیضاً لا یعقل إنشاؤه بالصیغه. و لا یندفع هذا: بأنّ المراد أنّ البیع نفس النقل الذی هو مدلول الصیغه، فجعله مدلول الصیغه إشاره إلی تعیین ذلک الفرد من النقل، لا أنّه مأخوذ فی مفهومه حتی یکون مدلول «بعت»: نقلت بالصیغه؛ لأنّه إن أُرید بالصیغه خصوص «بعت» لزم الدور؛ لأنّ المقصود معرفه ماده «بعت»، و إن أُرید بها ما یشمل «ملّکت» وجب الاقتصار علی مجرّد التملیک و النقل. فالأولی تعریفه بأنّه: «إنشاء تملیک عین بمال»، و لا یلزم علیه شی ء ممّا تقدّم.

اهتمـام بزرگان برای تعریف صـحیح بیع به این خاطر است که بیع احکامی دارد که برای عقود دیگر جاری نیست؛ ماننـد خیار مجلس، خیـار حیوان و به نوعی خیـار تأخیر و نیز لزوم تقابض در مجلس در بیع نقـدین و نیز ثبوت حقّ شـفعه که اختصاص به بیع دارد. لذا لازم است تعریف جامع و مانعی ارائه شود تا آن را از عقود دیگر ممتاز کند.

به هر حال مرحوم شـیخ بعد از تعریف بیع به «إنشاء تملیک عین بمال» برای تثبیت آن، شبهاتی را مطرح کرده، سپس پاسخ می دهند.

شبهات تعریف «إنشاء تملیک عینٍ بمال» و پاسخ به آن از جانب شیخ قدس سره –

اشکال اوّل (جواز ایجاب بیع با لفظ «ملّکتُ»)

اشاره

لازمه ی این تعریف آن است که بتوان ایجاب بیع را با لفظ «مَلَّکتُ» انجام داد. و إلا تملیک مرادف با بیع نیست.(۱)

طبیعی است وقتی گفته می شود حقیقت بیع در همـان عـالم اعتبـار، تملیـک عین است در مقابـل عوض، بتوان با لفظ «ملّکت» ایجاب بیع کرد.(۲)

۱– المکـاسب المحرمه (ط – الحـدیثه)، ج ۳، ص۱۱: فالأـولی تعریفه بـأنّه: «إنشاء تملیک عین بمال»، و لا یلزم علیه شـی ء ممّا تقـدّم. نعم، یبقی علیه أُمور: منهـا: أنّه موقوف علی جواز الإیجـاب بلفـظ «ملّکت» و إلّـا لم یکن مرادفاً له. و یردّه: أنّه الحقّ کما سیجی ء.

۲–ولی به نظر می رسد تلازمی بین تعریف بیع به تملیک و جواز ایقاع ایجاب با لفظ «ملّکت» وجود ندارد؛ چون ممکن است به دلایلی لازم باشد الفاظ خاصی در إنشاء عقد به کار رود. (امیرخانی) • حاشیه کتاب المکاسب (للاصفهانی، ط – الحدیثه)، ج ۱، ص۶۶: لا یخفی علیک أنّه لا ملازمه بین جواز الإیجاب و جواز التعریف، لإمکان اناطه التسبیب بألفاظ صـریحه، بل بعین عنوان ذلـک العقـد أو الإیقـاع، ألاـ تری أنّ إیقـاع الطلاـق منوط بعنوان هی طالق، مع أنّ الطلاق لیس إلّا البینونه التی لا یقع بها الطلاق شـرعا، بل جواز التعریف منوط باتحاد الحـد و المحـدود ذاتا و مفهوما مع اختلافهما بالإجمال و التفصـیل فی الحدود، و بمجرد الاتحاد وجودا فی الرسوم، فلا عـدم جواز الإیجاب کاشف عن المغایره مفهوما، و لا ملازمه بین الإیجاب و التعریف، بل لکل منهما ملاک خاص و مناط مخصوص، نعم بناء علی ما قدمناه لیس التملیک متحدا مع البیع مفهوما و لا وجودا، فتدبر.

شیخ در جواب می فرماید: بله ما ملتزم هستیم و قبول داریم ایجاب بیع با «ملّکت» محقق می شود.

اشکال بعضی بر تعریف شیخ قدس سره – و نقد آن

امّا بعضی(۱) برای اثبات عدم ترادف بیع با تملیک و اشکال بر تعریف شیخ مطلبی را ذکر کرده اند که مایه ی تعجب است و آن این که در بعضی موارد، بیع محقق می شود بدون این که تملیکی واقع شود؛ مثلاً اگر کسی مالی را وصیت کند که در راه خدا مصرف شود و قید کند که ملک احدی نشود، چنین وصیتی از باب عمومات وصیت نافذ است. حال اگر «وصیّ» یا «مَن بِحُکم الوصی» این مال را بفروشد تا ثمن آن را در راه خدا مصرف کند، صدق بیع می کند بدون این که تملیک باشد؛ چون وصیت کرده بود موصی به ملک کسی نشود. پس معلوم می شود بیع مرادف با تملیک نیست تا بتوان همیشه و همه جا با «ملّکت» ایجاب بیع کرد.

۱- مصباح الفقاهه، ج ۲، ص۵۷: و التحقیق: أنه لا ریب فی جواز إنشاء البیع بلفظ ملکت. و لکن هذا بعید عن قضیه مرادفه التملیک للبیع. ضروره أنه ربما یتحقق مفهوم البیع و لا یکون هناک تملیک أصلا. و مثال ذلک: أنه إذا أوصی أحد بصرف ماله فی سبیل اللّه، و نص علی عدم صیرورته ملکا لأحد، فإنه إذا بیع المال المزبور- لکی یصرف ثمنه فی قربات اللّه- لم یقع التبدیل بین العوضین فی الإضافه الملکیه. بل فی إضافه أخری غیرها. و أضف إلی ذلک أن الإنشاء بصیغه ملکت إنما یصح فیما إذا کان المشتری أصیلا. و أما إذا کان فضولیا، أو أحد الأولیاء من قبل الأشخاص المحجورین فإنه لا یصح خطابه بلفظ ملکتک. بل لا بد حینئذ من إنشاء البیع بلفظ آخر غیر لفظ ملکت.

در پاسخ به این اشکال می گوییم: اگر وصیت کرده عین مال در راه خدا مصرف شود و ملک کسی نشود، بیع آن جایز نخواهد بود؛ زیرا با بیع دیگر عین آن در راه خدا مصرف نمی شود، بلکه ثمن آن در راه خدا مصرف می شود، در حالی که وصیت کرده بود عین آن در راه خدا مصرف شود.

امّا اگر وصیت کرده ارزش آن در راه خدا مصرف شود، این نقضِ بر کلام شیخ نیست؛ زیرا وصی، آن شیء را با بیع به مشتری تملیک می کند و ثمن آن را در راه خدا مصرف می کند و این خلاف وصیت نیست، و «تملیک عینٍ بمال» نیز صادق است.(۱)

۱- البته در دو تقریر دیگرِ مستشکل محترم، اشکال به نحو دیگری مطرح شده که به نظر می رسد فی الجمله بر تعریف شیخ وارد باشد و آن این که کسی که وصیت می کند مالش مثلاً یک میلیون تومان در جهت خاصی مانند عمارت مسجد مصرف شود، اگر وصی یا «مَن بِحُکم الوصی» آن را به عنوان ثمن قرار داده و مبیعی را برای عمارت مسجد بخرد، در این جا [عرفاً] بیع صادق است، بدون این که تملیکی از طرف بایع محقق شود؛ زیرا مبیع باید برای عمارت مسجد خرج شود و کسی نمی تواند مالک آن شود. در این فرض نیز می گوییم: اگر مقصود از وصیت این بوده که آن مال حتی به عنوان عوض و ثمن، ملک هیچ کس و هیچ عنوانی نشود بدین معناست که با موصی به چیزی خریده نشود و در نتیجه بیع باطل است. اما اگر مقصود آن است که موصی به داخل در ملک ورّاث نشود، بعد از فوت موصی بیع صحیح خواهد بود، گرچه ممکن است مثل مرحوم شیخ در چنین جایی پاسخ دهند که مبیع در این جا تملیک عنوانی از عناوین مناسب مانند تملیک مسجد می شود. • التنقیح فی شرح المکاسب، ج ۱، ص۴۲: لا- یخفی أنّه إنّما یصحّ إنشاء البیع بلفظ ملّکت فیما إذا کان المشتری نفس مالک المال، وأمّا إذا کان ولیّه أو وکیله أو من غصب منه فلا، لأنّه حینئذٍ إنّما یملکه للمالک لا للمخاطب الذی فرضناه ولیّاً أو وکیلًا أو غاصباً، فإنّه نظیر التزویج فی النکاح إذ لا یصحّ أن یقال: زوّجتک للمخاطب مع أنّه ولی الزوج أو وکیله بل یقول: زوّجت موکّلک و هکذا، و ذلک من جهه أنّ المبادله فی التملیک إنّما یتحقّق بین المالکین لا محاله، و هذا بخلاف ما إذا انشئ بلفظ البیع فإنّه یصحّ مع کلّ واحد من الأشخاص المذکورین، کان مالکاً أو ولیّاً و وکیلًا عنه أو غاصباً، لأنّه عباره عن المبادله بین المالین کما سیأتی توضیحه فی بیع الفضولی. إن شاء اللّه تعالی. و کذا قد یتحقّق البیع من غیر تملیک کما إذا أوصی بصرف ماله فی جهه خاصّه کعماره المسجد فاشتری به مال فإنّه لا یدخل فی ملک أحد ومع ذلک یصدق البیع. فظهر أنّ البیع لیس مرادفاً للتملیک و إن صحّ إنشاؤه به. • محاضرات فی الفقه الجعفری، ج۲، ص۳۲: اقول: لا- اشکال فی جواز إنشاء البیع بلفظ ملکت الا انه لا یلازم مرادفه البیع و التملیک فإن البیع یمکن اسناده الی الطرف مطلقاً سواء کان اصیلاً أو وکیلاً أو ولیاً، فیصح أن یقال فی البیع للولی بعتک هذا المال بمال ابنک و هذا بخلاف بقیه عناوین العقود، ففی التزویج لا یصح الاسناد الی الولی او الوکیل فلا- یقال زوجتک بل یقال زوجت ابنک أو موکلک و التملیک ایضاً یکون نظیر التزویج فلا یقال لولی المشتری ملّکتک السلعه بکذا و هکذا الوکیل. لأن دخول المثمن فی کیس من یخرج الثمن من کیسه و بالعکس مأخوذ فی عنوان البیع، بل قد یتحقق البیع بلا تملیک کما اذا أوصی بصرف ماله فی جهه خاصه کعماره المسجد و نحوها فاشتری به مال فإنه لا یدخل فی ملک أحد اصلاً و مع ذلک یصدق علیه البیع.

نقضی بر ترادف بیع با تملیک

نقضی بر ترادف بیع با تملیک وارد است و آن این که بیع حقوق همان طور که قبلاً بیان کردیم به نحو تملیک نیست، چون مشتری با شراء حق، مالک حق نمی شود بلکه واجد حق و ذو الحق می شود.(۱) بنابراین در مواردی(۲) مثل بیع

۱- هر چند گفتیم «حق»، «ملک حیثی» است، ولی مراد این بود که «حق» با «ملک حیثی» مساوق است؛ نه عین آن.

۲- بعضی مانند محقق اصفهانی قدس سره - موارد متعددی را به عنوان نقض بر تعریف بیع به تملیک بیان می کنند: • حاشیه کتاب المکاسب (للأصفهانی، ط - الحدیثه)، ج ۱، ص۶۴: الالتزام بالتملیک فی جمله من الموارد مشکل: منها: بیع العبد ممن ینعتق علیه، فإنّ الملک التحقیقی إذا کان ممتنعا شرعا أو عقلا فلا فرق بین زمان طویل أو قصیر، فالالتزام بحصول الملک آنا ما ثم الانعتاق فی غایه الإشکال، و الالتزام بالملک الحکمی مرجعه إلی ترتیب أثر الملک من دون ثبوته حقیقه، فلا بیع حقیقه فیکون العوضان علی ملک مالکهما، حیث لا معاوضه حقیقه، مضافا إلی دعوی ظهور بعض الأدله فی ترتب الانعتاق علی نفس الشراء، و لا یعقل تخلف المعلول عن علته و لو آنا ما. و ما فی الجواهر تبعا لغیره من تقدّم الملک علی الانعتاق تقدّما ذاتیا لا زمانیا، حتی یلزم تخلّف المعلول عن علته و لو آنا ما، بل جعله جمعا بین النصوص المقتضیه لعدم العتق إلّا فی الملک، و لترتب الانعتاق علی نفس الشراء، بل جعله أقرب إلی الضوابط من الالتزام بالملک آنا ما. کله خلاف التحقیق، إذ لا اعتبار للملک إلّا فی الزمان، فالملک لا فی زمان غیر معقول، حتی ینفک التقدّم الذاتی بلحاظ شرطیته للعتق عن التقدم الزمانی بلحاظ تأثیر البیع فی الملک، فکیف یکون الأمر الممتنع جمعا بین النصوص، أم کیف یکون أقرب إلی الضوابط فتدبر جیدا. و منها: بیع الدین علی من هو علیه، فإنّه إذا لم یعقل أن یملک الإنسان ما فی ذمه نفسه، و لأجله یسقط، فمانع البقاء مانع الحدوث، إذ لا فرق فی ما لا یعقل بین زمان طویل و زمان قصیر کما مرّ و سیجی ء إن شاء اللّه تعالی فی شرح کلامه قدّس سرّه. و منها: بیع العبد من نفسه فی بعض الموارد، فإنّ اتحاد المالک و المملوک ممتنع عندهم، و لا فرق فیه أیضا بین الطویل من الزمان و القصیر منه. و منها: شراء العبد تحت الشده من الزکاه، فإنّ المشتری سواء کان من علیه الزکاه أو الحاکم الشرعی و إن کان له ملک التصرف و الولایه علی الشراء، لکنهما لا یملکان الرقبه کما لا یملکان الزکاه الواقعه عوضا، فبأی وجه یملکان العبد، خصوصا مع ترتب الانعتاق علی شرائهما فی قبال العتق بعد شرائهما. و منها: اشتراء آلات المسجد و القنطره من الزکاه أو من غله العین الموقوفه علیهما، فإنّه لا یملک تلک الآلات أحد لعدم الموجب، کما لا یملک الزکاه و الغله لکون الزکاه غیر مملوکه للمشتری و لا لغیره، بل المسجد و القنطره مصرف لها، و لکون الغله غله عین غیر مملوکه لأحد، لفرض الوقف علی الجهه لا علی شخص أو أشخاص خاصه، کما حقق فی باب الوقف علی الجهات العامه. و منها: البیع بإزاء سقوط الحق، حیث لا معنی لحصول التملیک أو التبدیل بلحاظ الملکیه من الطرفین، مع أنّه بیع عرفا و إن لم ینطبق علیه تعریف صاحب المصباح. و بالجمله: فالالتزام بالتملیک الحقیقی فی هذه الموارد لا یخلو عن تکلّف و تعسّف، و لا ملزم به إلّا اشتهار تعریف البیع بالنقل و التبدیل و التملیک.

حقوق، با این که تملیک صادق نیست ولی بیع صادق است. پس معلوم می شود بیع مرادف با تملیک نیست.

بله اگر کسی مانند محقق نائینی قدس سره - منکر قابلیت بیع و شراء برای حق باشد، از این حیث اشکال بر تعریف شیخ قدس سره - وارد نیست. ولی اصل قابلیت فروش حق همان طور که بیان کردیم فی الجمله روایات(۱) بر آن دلالت می کند و در میان عرف نیز فروش حقوقی مانند حق انشعاب آب، حق امتیاز تلفن، گاز و ... مرسوم است.

۱- مثل صحیحه ی علی بن جعفر در شراء حق قَسْم: وَ [مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ] بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ یَحْیَی عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ الْعَلَوِیِّ عَنِ الْعَمْرَکِیِّ عَنْ عَلِیِّ بْنِ جَعْفَرٍ عَنْ أَخِیهِ مُوسَی بْنِ جَعْفَرٍ۸ قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ لَهُ امْرَأَتَانِ قَالَتْ إِحْدَاهُمَا لَیْلَتِی وَ یَوْمِی لَکَ یَوْماً أَوْ شَهْراً أَوْ مَا کَانَ أَ یَجُوزُ ذَلِکَ قَالَ إِذَا طَابَتْ نَفْسُهَا وَ اشْتَرَی ذَلِکَ مِنْهَا فَلَا بَأْسَ. وَ رَوَاهُ عَلِیُّ بْنُ جَعْفَرٍ فِی کِتَابِهِ. (وسائل الشیعه، ج ۲۱، کتاب النکاح، ابواب القسم و النشوز و الشقاق، باب۶، ح۲، ص۳۴۴؛ تهذیب الأحکام، ج ۷، ص۴۷۴ و مسائل علی بن جعفر و مستدرکاتها، ص۱۷۴)

اشکال دوم (عدم انطباق تعریف بر بیع الدین علی من هو علیه)

اشاره

اشکال دومی که شیخ مطرح می فرماید(۱) این است که تعریف بیع به «إنشـاء تملیک عینٍ بمال» جامع افراد نیست و شامل بیع الـدین علی من هو علیه نمی شود؛ لاـنّ الانسـان لاـ یملـک مالاً علی نفسه؛ مثلاً زیـد که مالک یک تن گنـدم در ذمه ی عمرو است، اگر همـان را به خود عمرو در مقابـل یـک میلیون تومـان بفروشـد، این جا بیع ظاهراً نزد همه صادق است بـدون این که تملیکی از جانب بایع شـده باشـد؛ چون عمرو نمی توانـد مالک ذمه ی خودش شود؛ زیرا معنا نـدارد بگوییم عمرو مالک یک تن گندم بر عهده و ذمه ی خودش است و عقلاء چنین ملکیتی را اعتبار نمی کنند. عقلاء اعتبار می کنند کسـی مالک مالی بر عهـده ی دیگری باشـد، ولی اعتبار نمی کننـد که مالک مالی بر عهـده ی خودش باشد. پس تعریف بیع به «إنشاء تملیک عینٍ بمال» جامع تمام افراد بیع نیست.

مرحوم شیخ دو پاسخ به این اشکال ذکر می کنند.

پاسخ اوّل شیخ به اشکال دوم

اشاره

پاسخ اوّل که شیخ می فرماید قبلاً هم به آن اشاره شد(۲) این است که چرا

۱- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص۱۱: و منها: أنّه لا یشـمل بیع الدین علی من هو علیه؛ لأنّ الإنسان لا یملک مالًا علی نفسه. و فیه مع ما عرفت و ستعرف من تعقّل تملّک ما علی نفسه و رجوعه إلی سقوطه عنه، نظیر تملّک ما هو مساوٍ لما فی ذمّته، و سـقوطه بالتهـاتر: أنّه لو لم یعقـل التملیک لم یعقل البیع؛ إذ لیس للبیع لغهً و عرفاً معنی غیر المبادله و النقل و التملیک و ما یساویها من الألفاظ؛ و لذا قال فخر الدین: إنّ معنی «بعت» فی لغه العرب: «ملّکت غیری»، فإذا لم یعقل ملکیّه ما فی ذمّه نفسه لم یعقل شی ء ممّا یساویها، فلا یعقل البیع.

۲- المکـاسب المحرمه (ط - الحـدیثه)، ج ۳، ص۸: و أمّـا الحقوق فـإن لم تقبـل المعـاوضه بالمال کحقّ الحضانه و الولایه فلا إشـکال، و کـذا لو لم تقبل النقل، کحقّ الشـفعه، و حقّ الخیار؛ لأنّ البیع تملیک الغیر. و لا ینتقض ببیع الـدین علی من هو علیه؛ لأنّه لا مانع من کونه تملیکاً فیسـقط؛ و لذا جعل الشـهید فی قواعده «الإبراء» مردّداً بین الإسقاط و التملیک. و الحاصل: أنّه یعقل أن یکون مالکاً لما فی ذمّته فیؤثّر تملیکه السقوط، و لا یعقل أن یتسلّط علی نفسه.

مسلّم گرفته اید کسی نمی تواند مالک ذمّه ی خودش شود و آن را غیر عقلایی قلمداد کردید؟! در حالی که چنین چیزی کاملاً معقول است و شخص می تواند مالک مالی بر عهده و ذمه ی خود شود، به این صورت که عمرو با خرید ذمه ی خود از زید آناًما مالک ذمه ی خود می شود، سپس سقوط می کند و ثمره اش آن است که دیگر عمرو بدهکار به زید نیست و ذمه اش آزاد می شود. پس تملک مال بر عهده ی خود به این نحو که بیان شد معقول و جایز است و لغو نیست.

نظیر این تملکِ آناًما و سپس سقوط، آن است که عمرو بعد از آن که یک میلیون تومان به زید بدهکار است و زید مالک ذمه ی عمرو می باشد، عمرو نیز با فروش جنسی به زید به قیمت یک میلیون تومانِ کلی در ذمه، مالک ذمه ی زید شود. نتیجه ی این تملک ذمه ی زید برای عمرو، سقوط به تهاتر(۱) است؛ یعنی عمرو آناًما مالک ذمه ی زید می شود، سپس با سر به سر شدن با بدهی خود به زید، هر دو سقوط می کند؛ یعنی نه عمرو دیگر به زید بدهکار است و نه زید به عمرو. ما نحن فیه هم این چنین است که عمرو با خرید ذمه ی خود از زید که به خاطر بدهی تحت ملکیت زید قرار دارد، آناًما مالک ذمه ی خود شده، سپس سقوط می کند و نتیجه اش آزادی ذمه ی خود از ملکیت زید و نداشتن بدهی است.

۱- المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، ج۲، ص۶۳۳: الهِتْرُ: الـدَّاهِیَهُ وَ الْجَمْعُ (أَهْتَـارٌ) مِثْلُ حِمْلٍ و أَحْمَالٍ و (الْهِتْرُ) أَیْضـاً السَّقَـطُ مِنَ الْکَلَـامِ وَ الْخَطَـأُ مِنْهُ قِیـلَ (تَهَـاتَرَ) الرَّجُلَـانِ إِذَا ادَّعَی کُـلٌّ وَاحِـدٍ عَلَی الآخَرِ بَاطِلًـا ثُمَّ قِیلَ (تَهَاتَرَتِ) الْبَیِّنَاتُ إِذَا تَسَاقَطَتْ و بَطَلَتْ و (اسْتُهْتِرَ) اتَّبَعَ هَوَاهُ فَلَا یُبَالِی بِمَا یَفْعَلُ.

نقد پاسخ اوّل شیخ قدس سره –

تشبیه ما نحن فیه به سقوط به تهاتر درست نیست. در تهاتر دو بیع عقلائی جدای از هم وجود دارد که در یکی، زید با فروش جنسی به عمرو به قیمت یک میلیون تومان، مالک ذمه ی عمرو شده که کاملاً عقلائی است و در بیع مستقل دیگر عمرو نیز با فروش جنسی به زید به قیمت یک میلیون تومان، مالک ذمه ی زید شده که آن هم معقول است. در چنین فرضی اگر عقلاء بگویند هر یک از زید و عمرو باید بدهی خود را به صورت جداگانه به طرف مقابل پرداخت کنند چیز عجیبی نیست، ولی از آن جا که چنین کاری زحمت بی جا و لغو بوده و هیچ اثری بر آن مترتب نمی شود، حکم می کنند که ذمه ها در مقابل هم قرار گرفته تهاتر شود. پس به هر حال اصل هر یک از دو بیع کاملاً عقلایی بوده و مالکیت هر یک نسبت به ذمه ی دیگری حدوثاً معقول است، هر چند استدامه ی آن به نحوی که هر کدام جداگانه وفای به دین کنند لغو بوده و معقول نیست، به خلاف ما نحن فیه که مالکیت فرد نسبت به ذمّه ی خود از اوّل و حدوثاً نیز نامعقول است؛ زیرا معنا ندارد کسی علیه خود و در ذمّه ی خود چیزی را مالک شود، لذا با تشبیه ما نحن فیه به تهاتر نمی توان به اشکال پاسخ داد. پس جواب اوّل شیخ ناتمام است.

پاسخ دوم شیخ قدس سره – به اشکال دوم

اشاره

مرحوم شیخ در پاسخ دوم می فرماید: اگر شما قبول کردید که «بیع ما فی الذمه ی شخص به خودش» صحیح است باید بپذیرید که «تملیک ما فی الذمه ی شخص به خودش» نیز صحیح است؛ زیرا این دو قابل تفکیک نیست؛ چون بیع در لغت و عرف معنایی جز مبادله، نقل، تملیک و آن چه که مرادف و مساوی این هاست ندارد. پس اگر بیع صحیح است یعنی تبدیل، نقل و تملیک رخ داده

است و اگر بفرمایید تملیك صحیح نیست باید بگویید بیع نیز صحیح نیست؛ زیرا این ها مرادفند، در حالی که شما گفتید بیعش صحیح است.

نقد پاسخ دوم شیخ قدس سره –

واقع امر آن است که پاسخ دوم شیخ قدس سره – صرف ادعا و مصادره ی به مطلوب است؛ چون مستشکل «بیع» را مرادف با «نقل ملک»، «مبادله ی ملک» و «تملیک» نمی داند و به این خاطر تعریف بیع به «إنشاء تملیک عینٍ بمال» را تمام نمی داند. بله، حال که مستشکل بیع را مرادف با تملیك نمی داند بر عهده ی اوست که حقیقت بیع را تبیین کند تا مشخص شود چطور بیع ذمه ی شخص به خود شخص درست است بدون این که تملیك باشد.

نظر مختار در وجه صحت «بیع الدین علی من هو علیه» بدون وقوع تملیک

با مراجعه ی به عرف و عقلاء دو چیز قابل انکار نیست و آن این که:

۱. عقلاء «بیع الدین علی من هو علیه» را علی وجه الحقیقه بیع می دانند و این طور نیست که مجازاً به آن بیع اطلاق کنند.

۲. عقلاء اعتبار ملکیت برای کسی نسبت به ذمه ی خود و این که بر عهده ی خود مال داشته باشد نمی کنند و کسی نمی تواند اعتبار مال برای خود در ذمه ی خود کند. بله، به نحو تکوینی هر کسی می تواند تصمیم به تحصیل مال مثلاً یک تن گندم در سال آینده بگیرد، ولی دیگر نمی گویند یك تن گندم برای خود در ذمه اش اعتبار کرده است؛ چون چنین اعتباری را لغو می دانند. فرقی هم نمی کند سبب اعتبار، خرید ذمه ی خود از دیگری باشد یا چیز دیگر.

لذا لازم است تفسیر دیگری از بیع ارائه شود که هم شامل بیع الدین علی من

هو علیه شود و هم محذور مالکیت شخص نسبت به ذمه ی خودش پدید نیاید.

در مباحث گذشته در این که حقیقتِ نقلِ ملك چیست بیان کردیم بعضی مثل محقق نائینی قدس سره - ملکیت را به خیطی تشبیه کرده که از طرف مالك به مملوك بسته شده است و در نقل، آن طرف خیط که به مملوك (مبیع) بسته شده باز شده و به طرف دیگر معامله یعنی ثمن بسته می شود و آن طرف خیطی هم که از طرف مشتری به ثمن بسته شده باز می شود و به مبیع بسته می شود، ولی ما گفتیم این تعابیر در نقل ملك تسامحی است و حقیقت نقل ملك این است که بایع رابطه ی خود با مبیع را القاء می کند و رابطه ی جدیدی را برای مشتری ابداع و ایجاد می کند؛ یعنی زید که بایع کتاب است رابطه ی ملکی خود را القاء و إفناء می کند و رابطه ی ملکی جدیدی را برای عمرو ایجاد می کند.

این در صورتی است که بعد از ازاله ی رابطه ی اوّل، ابداع رابطه ی دوم ممکن و معقول باشد، امّا اگر در جایی مانند ما نحن فیه با ازاله ی رابطه ی اوّل که مربوط به بایع و مملوك است، غرض حاصل شده و ابداع رابطه ی دیگر لغو و غیر معقول باشد، آن جا نیازی به ابداع رابطه ی دیگر نیست؛ مثلاً زید که مالك ذمه ی عمرو است و ذمه ی عمرو را به خود عمرو می فروشد، همین که رابطه ی ملکی خودش را با ذمه ی عمرو به نفع عمرو ازاله و اعدام می کند، بیع محقق می شود و دیگر نیازی به ابداع رابطه ی جدیدی بین عمرو و ذمه ی خود عمرو نیست؛ چون لغو است و در اعتبار عقلاء اثری بر آن مترتب نیست.

بنابراین این که گفتیم بیع، ازاله ی یک رابطه و ابداع رابطه ی دیگر است، مربوط به جایی است که ابداع رابطه ی جدید معقول بوده و لغو نباشد. امّا اگر در جایی ابداع رابطه ی جدید لغو باشد، ابداع رابطه ی جدید در تحقق بیع لازم نیست و همین اندازه که مشتری از ازاله ی رابطه ی اوّل نفع ببرد کفایت می کند.

پس در بیع، همیشه «تملیک» به معنای ابداع رابطه ی جدید لازم نیست، لذا می گوییم بیع الدین علی من هو علیه بدون این که تملیک باشد صحیح است. همین که بایع رابطه ی خود را با ذمه ی مشتری در مقابل دریافت ثمن ازاله می کند(۱) و مشتری از آن نفع می برد چون دیگر به بایع بدهکار نیست بیع صدق می کند و نیازی به ایجاد رابطه ی جدید نیست. بله، آن جاهایی که ابداع رابطه و اضافه ممکن است باید ابداع کند.

پس به نظر ما بیع به معنای تملیک نیست و اشکال دومی که مطرح شد بر تعریف شیخ وارد است.

اشکال سوم (انطباق تعریف بر تملیک به معاطاه)

اشکال سومی(۲) که مرحوم شیخ مطرح می کند این است که تعریف بیع به «إنشاء تملیک عینٍ بمال» شامل تملیک به معاطاه هم می شود در حالی که مشهور گفته اند معاطاه بیع نیست، بلکه ادعای اجماع شده معاطاه بیع نیست.

پاسخ این اشکال روشن است و آن این که هیچ کس فی ما أعلم ادعا نکرده که معاطاه عرفاً بیع نیست؛ چون عرف بر معاملات معاطاتی، حقیقتاً خرید و فروش اطلاق می کند. مثلاً کسی که از نانوایی نان در مقابل اعطاء پول بدون خواندن عقد می گیرد می گوید نان خریدم، نانوا نیز می گوید نان فروختم. پس جای هیچ شبهه نیست که معاطاه، لغةً و عرفاً بیع است.

۱- البته از آن جا که این ازاله در مقابل ثمن بوده و در ضمن عقد انجام می شود و به نفع مشتری است، با إعراض که ایقاع می باشد متفاوت است.

۲- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص۱۲: و منها: أنّه یشمل التملیک بالمعاطاه، مع حکم المشهور، بل دعوی الإجماع علی أنّها لیست بیعاً. و فیه: ما سیجی ء من کون المعاطاه بیعاً؛ و أنّ مراد النافین نفی صحّته.

بنابراین نسبتی که به مشهور داده شده در واقع انکار صحت شرعی معاطاه است؛ نه صدق عرفی بیع؛ چون ظاهراً شخص قابل اعتنایی در صدق عرفی بیع بر معاطاه تشکیک نکرده است. تأیید بر این که مرادشان انکار صحت شرعی معاطاه است این که ادعای اجماع بر بطلان کرده اند؛ زیرا ادعای اجماع خصوصاً در کتب فقهی در امور شرعی مفید است. ادعای اجماع بر یک امر عرفی و عقلائی که چندان ارزشی ندارد! پس معلوم می شود آن چه که مورد ادعاست عدم صحت شرعی معاطاه است که در حقیقت به معنای عدم امضاء بیع معاطاتی عرفی می باشد.

اشکال چهارم (انطباق تعریف بر شراء)

اشاره

اشکال دیگر(۱) آن است که تعریف بیع به «إنشاء تملیک عینٍ بمالٍ» بر شراء نیز منطبق می شود، در حالی که ما به دنبال تعریف بیع هستیم تا بایع را بشناسیم؛ زیرا همان طور که عقد بیع دارای احکام خاصی است که بر سایر عقود مترتب نیست، بایع نیز احکام خاصی دارد که برای مشتری جاری نیست و مشتری هم احکام خاصی دارد که بایع ندارد، لذا تفکیک این دو دارای اثر می باشد؛ مثلاً در روایت وارد شده «مشتری الحیوان بالخیار»(۲) یعنی حکم خیار در خرید حیوان برای

۱- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص۱۲: و منها: صدقه علی الشراء؛ فإنّ المشتری بقبوله للبیع یملّک ماله بعوض المبیع. و فیه: أنّ التملیک فیه ضمنیّ، و إنّما حقیقته التملّک بعوض؛ و لذا لا یجوز الشراء بلفظ «ملّکت»، تقدّم علی الإیجاب أو تأخّر. و به یظهر اندفاع الإیراد بانتقاضه بمستأجر العین بعین؛ حیث إنّ الاستئجار یتضمّن تملیک العین بمالٍ، أعنی: المنفعه.

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص۲۱۶: الْحُسَیْنُ بْنُ مُحَمَّدٍ عَنْ مُعَلَّی بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عَلِیِّ بْنِ أَسْبَاطٍ عَنْ أَبِی الْحَسَنِ الرِّضَا علیه السلام - قَالَ: سَمِعْتُهُ یَقُولُ الْخِیَارُ فِی الْحَیَوَانِ ثَلَاثَهُ أَیَّامٍ لِلْمُشْتَرِی وَ فِی غَیْرِ الْحَیَوَانِ أَنْ یَتَفَرَّقَا وَ أَحْدَاثُ السَّنَهِ تُرَدُّ بَعْدَ السَّنَهِ قُلْتُ وَ مَا أَحْدَاثُ السَّنَهِ قَالَ الْجُنُونُ وَ الْجُذَامُ وَ الْبَرَصُ وَ الْقَرَنُ فَمَنِ اشْتَرَی فَحَدَثَ فِیهِ هَذِهِ الْأَحْدَاثُ فَالْحُکْمُ أَنْ یَرُدَّ عَلَی صَاحِبِهِ إِلَی تَمَامِ السَّنَهِ مِنْ یَوْمَ اشْتَرَاهُ. • الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص ۱۷۰: أَبُو عَلِیٍّ الْأَشْعَرِیُّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الْجَبَّارِ عَنْ صَفْوَانَ عَنِ الْعَلَاءِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِی عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام - قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ۹ الْبَیِّعَانِ بِالْخِیَارِ حَتَّی یَفْتَرِقَا وَ صَاحِبُ الْحَیَوَانِ بِالْخِیَارِ ثَلَاثَهَ أَیَّامٍ. • الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص ۱۷۰: مُحَمَّدُ بْنُ یَحْیَی عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ جَمِیلٍ عَنْ فُضَیْلٍ عَنْ أَبِی عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام - قَالَ: قُلْتُ لَهُ مَا الشَّرْطُ فِی الْحَیَوَانِ فَقَالَ إِلَی ثَلَاثَهِ أَیَّامٍ لِلْمُشْتَرِی قُلْتُ فَمَا الشَّرْطُ فِی غَیْرِ الْحَیَوَانِ قَالَ الْبَیِّعَانِ بِالْخِیَارِ مَا لَمْ یَفْتَرِقَا فَإِذَا افْتَرَقَا فَلَا خِیَارَ بَعْدَ الرِّضَا مِنْهُمَا.

مشتری است و بایع بنابر قولی حتی اگر حیوان را به عنوان ثمن دریافت کند خیار حیوان ندارد. پس این حکم مخصوص مشتری بما هو مشتری است. یا قاعده ی «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه»(۱) و همین طور خیار تأخیر(۲) مخصوص بایع می باشد.

پس اشکال چهارم این شد که تعریف «إنشاء تملیک عینٍ بمالٍ» بر عمل مشتری هم صادق است و با این تعریف نمی توان بایع را از مشتری تمیز داد؛

۱- مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، ج ۱۳، ص۳۰۳: عَوَالِی اللَّآلِی، عَنِ النَّبِیِّ۹ أَنَّهُ قَالَ: کُلُّ مَبِیعٍ تَلِفَ قَبْلَ قَبْضِهِ فَهُوَ مِنْ مَالِ بَائِعِه. • الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص۱۷۱: مُحَمَّدُ بْنُ یَحْیَی عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَیْنِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ هِلَالٍ عَنْ عُقْبَهَ بْنِ خَالِدٍ عَنْ أَبِی عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام - فِی رَجُلٍ اشْتَرَی مَتَاعاً مِنْ رَجُلٍ وَ أَوْجَبَهُ غَیْرَ أَنَّهُ تَرَکَ الْمَتَاعَ عِنْدَهُ وَ لَمْ یَقْبِضْهُ قَالَ آتِیکَ غَداً إِنْ شَاءَ اللَّهُ فَسُرِقَ الْمَتَاعُ مِنْ مَالِ مَنْ یَکُونُ قَالَ مِنْ مَالِ صَاحِبِ الْمَتَاعِ الَّذِی هُوَ فِی بَیْتِهِ حَتَّی یُقَبِّضَ الْمَتَاعَ وَ یُخْرِجَهُ مِنْ بَیْتِهِ فَإِذَا أَخْرَجَهُ مِنْ بَیْتِهِ فَالْمُبْتَاعُ ضَامِنٌ لِحَقِّهِ حَتَّی یَرُدَّ مَالَهُ إِلَیْه.

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص ۱۷۱: مُحَمَّدُ بْنُ یَحْیَی عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عَلِیِّ بْنِ حَدِیدٍ عَنْ جَمِیلٍ عَنْ زُرَارَهَ عَنْ أَبِی جَعْفَرٍ۸ قَالَ: قُلْتُ الرَّجُلُ یَشْتَرِی مِنَ الرَّجُلِ الْمَتَاعَ ثُمَّ یَدَعُهُ عِنْدَهُ یَقُولُ حَتَّی آتِیَکَ بِثَمَنِهِ قَالَ إِنْ جَاءَ بِثَمَنِهِ فِیمَا بَیْنَهُ وَ بَیْنَ ثَلَاثَهِ أَیَّامٍ وَ إِلَّا فَلَا بَیْعَ لَه.

چراکه مشتری نیز با قبول، در واقع مالش را که اکثراً عین است، مانند درهم، دینار و حتی پول های اعتباری امروزی که به نوعی عین است و ... در مقابل مبیع به بایع تملیک می کند. پس مشتری [با گفتن «قبلت»] إنشاء تملیک عین در مقابل مال می کند.

بلکه این تعریف شامل مستأجر در عقد إجاره نیز می شود؛ زیرا مستأجر مال خود را که عین است مانند درهم، دینار، پول اعتباری، یک تُن گندم و ... در مقابل مثلاً منفعت خانه که مال است به موجر تملیک می کند. پس مستأجر نیز إنشاء تملیک عینٍ بمال می کند.

پاسخ شیخ به اشکال چهارم

شیخ قدس سره - در پاسخ می فرماید: گرچه در شراء نیز تملیک وجود دارد و مشتری ثمن را به بایع تملیک می کند، ولی این نقضِ بر تعریف «إنشاء تملیک عینٍ بمالٍ» نیست؛ به خاطر این که حقیقت شراء، تملیک نیست بلکه «تملّک بعوض» است و تملیک از ناحیه ی مشتری، تملیک ضمنی است. بنابراین از آن جا که تعریف شراء «إنشاء تملّک» است و تملّک با تملیک متفاوت است، پس تعریف بیع به «إنشاء تملیک عینٍ بمالٍ» نقض نمی شود.

اشکال سید خویی بر پاسخ شیخ قدس سرهما -

سید خویی قدس سره - درباره ی پاسخ شیخ قدس سره - به تقریر مصباح الفقاهه(۱) می فرماید(۲):

۱- مصباح الفقاهه که تقریر مرحوم توحیدی است تحت نظر خود سید خویی قدس سره - تصحیح و چاپ شده، بدین جهت اتکال ما اولاًـ روی مصباح الفقاهه است، هر چند التنقیح فی شرح المکاسب شهید غروی و محاضراتٌ فی الفقه الجعفری مرحوم شاهرودی حاوی نکاتی است که شایسته ی امعان نظر است، گرچه احتمالاً بعض مجلّدات محاضرات نیز به همان نحو تحت نظر استاد بوده است.

۲- مصباح الفقاهه، ج ۲، ص ۶۰: و من النقوض انه إذا کان البیع إنشاء تملیک عین بمال انتقض منعه بالشراء، فإن المشتری بقبوله للبیع یملک ماله بعوض المبیع. و أجاب عنه المصنف و إلیک نصه: (و فیه ان التملیک فیه ضمنی و انما حقیقته التملک بعوض. و به یظهر اندفاع الإیراد بانتقاضه بمستأجر العین بعین حیث ان الاستئجار یتضمن تملیک العین بمال: أعنی المنفعه.) و لکنا لم نفهم معنی محصلا للتملیک الضمنی إذ یرد علیه أولا انه ان کان مراده من التملیک الضمنی التملیک التبعی: (بمعنی ان البائع یملک ماله للمشتری أولا و یملک المشتری ماله للبائع ثانیا) فیرد علیه: ان لازم ذلک ان ینعکس الأمر فیما إذا تقدم القبول علی الإیجاب: بأن یکون التملیک من ناحیه المشتری أولا، و البیع من ناحیه البائع ثانیا. و ان کان مراده من التملیک الضمنی: ان ألفاظ الإیجاب و القبول انما تدل بالدلاله المطابقیه علی تملیک المشتری ماله للبائع، سواء فی ذلک تقدم القبول علی الإیجاب و عدمه، ان کان مراده هذا فیرد علیه: ان هذا یرجع الی جهه الدلاله، و مقام الإثبات. فلا یوجب فرقا بین التملیکین لبا، و فی مقام الثبوت، بداهه ان البیع تبدیل شی ء بشی ء فی جهه الإضافه. و من الضروری أنه یستحیل تحقق التبدیل بین شیئین الا ان ینتقل

كـل منهمـا الى محـل الآخر فى آن واحـد، و فى مرتبه واحـده. و عليه فلا يعقل وجود التمليك من ناحيه البائع إلا فى آن وجود التمليك من ناحيه المشترى. و بتعبير آخر: أن البائع إنما ينشئ التبديل بين الثمن و المثمن فى جهه الإضافه فى مرتبه واحده. نعم يشـترط رضـا المشـترى و قبـوله لفعـل البـائع فى تحقـق عنوان التبـديل، و نـتيجه ذلـك: أن التمليكين (تمليـك البـائع و تمليك المشترى) يتحققان فى مرتبه واحده. و إذن فلا أصاله و لا تبعيه فى المقام. و أضف إلى ذلك: أنا سلمنا كون التمليك من ناحيه البائع أصـليا اسـتقلاليا، و من ناحيه المشترى ضـمنيا تبعيا. الا أن إطلاق التعريف شامل لكلا التمليكين و اذن فلا وجه لصرفه عن الثانى، و حصـره فى الأول. قيل: ان مفهوم البيع يوجد بالإيجاب الساذج، و يتحقق به التمليك و التملك فى عالم الاعتبار. و عليه فلاـ يبقى مجـال لتمليـك المشترى لكى ينتقض به تعريف البيع. و اذن فلا شأن للمشترى الا قبول الإيجاب من البائع و نسبه فعله الى نفسه فتكون منزله القبول فى البيع منزله الإمضاء فى المعاملات الفضوليه و فيه أن قبول الإيجاب و ان كان شـرطا فى البيع، لا جزء مقوما له الا أن شـروط البيع على ثلاثه أقسام: ١) أن يكون شرطا لإمضاء الشارع. ٢) أن يكون شرطا لإمضاء العقلاء. ٣) أن يكون شـرطا لأصـل الاعتبـار: بـأن يـدور عليه مفهوم الـبيع وجودا و عـدما. و من الواضـح أن تعقب الإيجـاب بـالقبول من القبيل الثالث. بداهه انتفاء حقيقه البيع بانتفاء القبول. فكما ان التمليك و التملك يسـتندان إلى البائع كذلك يسـتندان إلى المشترى. • التنقيـح فى شـرح المكاسب، ج ١، ص٤٤: و ربمـا يورد عليه أيضـاً: بـالنقض بالشـراء والاستيجار فيما إذا اسـتأجر عيناً بعين، فإنّ المشترى أيضاً يملّك ماله بمال البائع، كما أنّ البائع يملّك ماله بمال المشترى، وكـذا الاستيجار المذكور فإنّه أيضاً تمليك عين بمال وهو المنفعه. و قـد أجاب عنه شـيخنا الأنصارى (قدّس سرّه) بأنّ التمليك فى الشـراء و الاستيجار ضـمنى بخلاف البيع فإنّ التمليـك فيه اسـتقلالى، هـذا. و لكنّى لم أفهم حقيقه مراده كمـا لم يفهمه جماعه آخرون، إذ ما معنى كون التمليك فى الشـراء ضمنيّاً، فإن اريـد به تأخّر القبول عن الايجاب وأنّ المشترى إنّما يملّكه بعد تمليك البائع، ففيه: أنّه لا يضـرّ بصدق التمليك عليه فلابـدّ أن يكون الشـراء بيعـاً ضـمنياً كمـا هو واضـح. مضافاً إلى أنّه يمكن أن يقـدّم تمليك المشترى على تمليك البائع فى غير صيغتى رضيت و قبلت، فله أن يقول أوّلًا: اشتريت مالك بكـذا فيقول البائع قبلت، فإنّه بيع بلا كلام. وكذا يجوز أن يتقدّم إنشاء المستأجر على إنشاء المؤجر فى الاجاره و إنشاء الزوج على إنشاء الزوجه فى النكاح، بل قد ورد فى صـحّته روايه بمضمون أنّها إذا قالت نعم بعد إيجابك فأنت أولى الناس بها وإن اريد بذلك أنّ تمليك المشترى مدلول غير مطابقى والمدلول المطابقى هو تمليك البائع ففيه أيضاً أنّه لا ينافى صدق التمليك فيلزم أن يكون الشـراء بيعاً ضـمنياً. فالصحيح فى الفرق بين البيع والشراء إنّما هو بما بيّناه من أنّ غرض البائع حفظ ماليه ماله وغرض المشترى تحصـيل خصوصـيه المبيع، وأمّا إذا كان غرض كلّ منهما حفظ الماليه أو تحصـيل الخصوصـيه فلا تكون المعامله بيعاً. و هكذا الحال فى الاجاره فغرض المؤجر يتعلّق بالماليه و غرض المستأجر بالانتفاع بالعين، و بـدونه لا تصدق الاجاره. • محاضـراتٌ فى الفقه الجعفرى، ج٢، ص٣٣: نقول: لم نفهم ما اراده قدس سـره – من كون التمليك من جهه المشترى ضـمنياً، فإنه إن اراد به أن تمليكه يكون بنحو المطاوعه و القبول أى تبعاً لفعل البائع، فهو لا ينافى صدق التمليك و عليه لا بد و أن يكون الشـراء بيعاً تبعياً مع أن ذلك غير معتبر فى الشراء. و إن اراد ان القبول يعتبر فيه أن يتـأخر عن الايجـاب ففيه انه إنمـا يعتبر فيمـا إذا أنشأ القبول بلفظ قبلت أو رضـيت و نحوه مما أخـذ فى معناه المطاوعه. و أما إذا أنشـأ بلفـظ اشتريت أو تملكت، فلاـ مـانع من تقـديمه على الايجـاب فابتـداءً يقول المشترى اشتريت منـك المتاع الفلانى بكـذا درهم، فيقول البايع قبلت أو بعتُ كما ان النكاح أيضاً يمكن إنشاؤه من طرف الزوج. فيقول الزوجه أتزوجك فى المده المعلومه بمبلغ كـذا. فـإذا قـالت قبلت يتم النكـاح و هو منصوص. و بالجمله كما أن البائع يملك المشترى شـيئاً و يتملك منه شـيئاً آخر، كذلك المشترى، و القول أن التمليك من أحد الطرفين ضمنى و من الاخر استقلالى لا وجه له فالفرق بين البيع و الشراء انما هو بيناه من أن غرض البائع لابد و أن يتعلق بالمال و غرض المشترى إنما يتعلق بشخص المبيع و أما إذا كان غرض كل منهما متعلقاً

بحفظ المـاليه أو بشـخص العوضـين فلا تكون المبادله بيعاً و إنما هی معاوضه اخری و هكـذا الحال فی الاجاره فغرض المؤجر لابد و أن يتعلق بالماليه و غرض المستأجر يتعلق بالانتفاع بالعين و إلا فلا تصدق الاجاره.

تملیک ضمنی معنای محصلی ندارد و در یکی دیگر از تقریراتشان (التنقیح فی شرح المکاسب) می فرماید: نه تنها من حقیقت مراد مرحوم شیخ را نفهمیدم، بلکه جماعتی دیگری(۱) نیز مراد شیخ را نفهمیدند.

به هر حال در این که مراد مرحوم شیخ چیست محقق خویی قدس سره - می فرماید: دو احتمال وجود دارد:

۱) ممکن است مراد شیخ از تملیک ضمنی، تملیک تبعی باشد در مقابل تملیک استقلالی و اصلی؛ یعنی در بیع ابتدا بایع مبیع را به مشتری تملیک می کند، سپس مشتری ثمن را به بایع تملیک می کند. پس معنای تملیک ضمنی، تملیک دوم است؛ اوّلاً تملیک بایع محقق می شود ثانیاً تملیک مشتری.

طبیعی است که اگر این احتمال، مقصود جناب شیخ باشد دو اشکال واضح دارد و آن این که:

اوّلاً: در مواردی که قبول مقدم بر ایجاب می شود؛ یعنی ابتدا مشتری «اشتریت» می گوید سپس بایع «بعت» می گوید، تملیک مشتری اصلی بوده و تبعی نیست. لذا پاسخ شیخ در این موارد نقض می شود.

ثانیاً: هیچ یک از تملیک بایع یا مشتری بر دیگری مقدم نیست و هر دو در یک رتبه واقع می شود؛ زیرا تملیک بایع قبل از قبول مشتری که اثری ندارد و تا ایجاب

۱- یادم می آید کسی می گفت ما خدمت آشیخ کاظم شیرازی قدس سره - از علماء نجف می رفتیم و گاهی سید خویی قدس سره - کتاب مکاسب را نزد ایشان می برد و مطالبی را مطرح می کرد. این جا هم که می فرماید: «لم یفهمه جماعه آخرون» شاید ایشان هم جزء آن ها بوده و فرموده ما هم نفهمیدیم.

متعقب به قبول نشود نقل و انتقال محقق نمی شود و بعد از قبول مشتری نیز هر دو در یک رتبه اتفاق می افتد.(۱) پس این طور نیست که تملیک مشتری ضمنی و دوم باشد و تملیک بایع اصلی و اوّل باشد، بلکه هر دو در یک رتبه قرار دارد.

۲) احتمال دیگری که می توان برای مراد شیخ از تملیک ضمنی بیان کرد این است که الفاظ ایجاب و قبول با دلالت مطابقی دال بر تملیک بایع است و با دلالت غیر مطابقی و به نحو ضمنی یا تبعی دال بر تملیک مشتری است. پس دلالت مطابقی الفاظ ایجاب و قبول بر این است که بایع مبیع را به مشتری تملیک می کند و دلالت غیر مطابقی آن (دلالت ضمنی یا تبعی) بر این است که مشتری ثمن را به بایع تملیک می کند. فرقی هم نمی کند ایجاب مقدم باشد یا قبول.

اگر مراد شیخ این احتمال باشد پاسخش این است که بیع رهین کیفیت عالم اثبات و دلالت نیست و ربطی به نحوه ی دلالت ندارد، آیت آن این است که در معاطاه اصلاً لفظی وجود ندارد تا دلالت مطابقی و غیر مطابقی داشته باشد و اگر داشته باشد با یک تمحّلی می توان پذیرفت در حالی که بایع و مشتری در معاطاه معلوم است. پس بیع، بایع، اشتراء و مشتری اموری ثبوتی است و با معیارهای ثبوتی باید «بایع و مشتری» و «بیع و شراء» را تشخیص داد و ربطی به عالم دلالت و اثبات ندارد. معیار اثباتی فقط می تواند کاشف از ثبوت باشد و به تعبیر دیگر اگر عالم دلالت الفاظ و حتی اشارات را کنار گذاشته و به عالم ثبوت نگاه کنیم، باز «مشتری و بایع» و «بیع و شراء» صرف نظر از کیفیت عالم اثبات دو چیز است. پس این ملاک، ملاک درستی برای تمییز «بایع از مشتری» و «بیع از شراء» نیست.

۱- إن قلت: قبول مشتری به نحو شرط متأخر تأثیر می گذارد؛ یعنی با قبول مشتری کشف می شود بیع از همان لحظه ی ایجاب مؤثر بوده است. قلت: تأثیر قبول مشتری به نحو شرط متأخر نیست بلکه هم زمان است و قبل از قبول مشتری هیچ اثری مترتب نمی شود.

بررسی اشکال سید خویی بر پاسخ شیخ قدس سرهما –

اگر مراد شیخ از ضمنی بودن تملیک مشتری همان دو احتمالی که سید خویی قدس سره – مطرح کردند باشد اشکال ایشان بر پاسخ شیخ وارد است(۱)، امّا به نظر می رسد مراد شیخ غیر از آن دو احتمالی است که سید خویی قدس سره – فرمودند و آن این که:

مراد از ضمنی بودن تملیک مشتری و اصلی بودن تملیک بایع این است که در فرآیند بیع، بایع عنصر فعّال بوده و مشتری دارای انفعال است؛ یعنی عمل بایع (بیع) هم در تملیک مبیع و هم در تملّک ثمن، فعل است و عمل مشتری (اشتراء) در هر یک از تملّک مبیع و تملیک ثمن، انفعال و مطاوعه است؛ زیرا اشتراء به معنای پذیرفتنِ بیع بایع است و به همین جهت می توان لفظ «قبلتُ» به جای «اشتریتُ» به کار برد.

بیع و اشترا ء نظیر کسر و انکسار است گرچه تفاوت هایی نیز دارند یعنی همان گونه که کسر بدون انکسار و انکسار بدون کسر معنا ندارد و هر دو، شکستن هم زمان را افاده می کنند، ولی مفهوماً متفاوت بوده و آن نیرویی که می شکاند جنبه ی فاعلیت دارد و آن چیزی که می شکند جنبه ی قبول دارد، در بیع و اشتراء نیز بایع جنبه ی فاعلیت دارد و مشتری جنبه ی پذیرش و قبول. به همین خاطر ایجاب بیع بر عهده ی بایع و قبول بر عهده ی مشتری است.

در اصطلاح اقتصاددانان نیز که به فروشندگان «عرضه کننده» و به خریداران «متقاضی» اطلاق می شود، عَرضه حالت فعلیت داشته و تقاضا مناسب با پذیرش بوده و به نوعی حالت انفعال و مطاوعه دارد، گرچه تقاضا دقیقاً به معنای پذیرش نیست. در نکاح نیز زن عرضه کننده است و مرد متقاضی لذا مرد باید مهر بپردازد

۱- مگر اشکال دوم احتمال اول؛ چون مبنای شیخ در معنای بیع این است که صدق بیع رهین تحقق قبول نیست.

و حتی لفظ اشتراء بر عمل مرد در روایات اطلاق شـده است «یشتریها بأغلی الثمن(۱)» به همین جهت ایجاب بر عهـده ی زن و قبول بر عهـده ی مرد می باشـد و حتی اگر مرد ابتـدا بگویـد «تزوّجتـکِ» سـپس زن بگویـد «قبلتُ»، در واقع زن با لفظ «قبلتُ» ایجاب کرده است؛ چون در هر حال عرضه کننده زن است و متقاضی مرد.

پس «اشتراء» به معنای پـذیرش تملیک بایع یا به تعبیر دیگر دریافتِ ارسال بایع است. فرقی هم نمی کنـد ایجاب مقـدم باشد یا قبول(۲)؛ چون زمان در تحقق بیع و شراء در عالم اعتبار ملغی است و هر دو با هم محقق می شود.

بنابراین این اشـکال بر تعریف شـیخ از بیع که بر اشتراء به عین نیز صادق است وارد نیست؛ چون همان طور که شیخ فرمود و با عرف سازگـاری دارد، بیع تملیک است و حالت فعل، ایجاب، تهاجم و عرضه دارد، ولی اشتراء تملّک است و حالت پـذیرش، مطاوعه و انفعال دارد.

إن قلت: به هر حـال تملیـک و ارسـال بـایع، و تملّک، قبول و انفعال مشتری پژواک نیز دارد؛ یعنی مشتری نیز هم زمان ثمن را که در اکثر موارد عین است تملیک و ارسال می کند و بایع حالت انفعال به آن دارد. بنابراین تعریف شـیخ بر اشتراء نیز صادق است.

قلت: تملیکی که از جانب مشتری صورت می گیرد باز ناشی از انفعال است؛

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص۳۶۵: عَلِیُّ بْنُ إِبْرَاهِیمَ عَنْ أَبِیهِ عَنِ ابْنِ أَبِی عُمَیْرٍ عَنْ أَبِی أَیُّوبَ الْخَزَّازِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ۸عَنِ الرَّجُلِ یُرِیدُ أَنْ یَتَزَوَّجَ الْمَرْأَهَ أَ یَنْظُرُ إِلَیْهَا؟ قَالَ: نَعَمْ إِنَّمَا یَشْتَرِیهَا بِأَغْلَی الثَّمَنِ.

۲- حتی اگر مشتری ابتـدا بگویـد «اشتریتُ» سپس بـایع بگویـد «بعتُ» و بیع صـحیح باشـد بـاز کلاـم بایع ایجاب است و کلام مشتری قبول؛ چون مقصود بایع از «قبلتُ» این است که پذیرشِ تو را معتبر می دانم و آن چه را که مناسب پذیرش توست انشاء کردم.

چون بـایع بـا ایجاب، مبیع را ارسـال و ثمن را تملّک می کنـد و مشتری نیز با قبول، در واقع همان ارسال و تملّک بایع را قبول می کنـد و خود حقیقتاً ارسالی ندارد. بدین جهت می گوییم بایع همیشه فعّال است و مشتری منفعل. بیع، چه نسبت به تملیک مبیع و چه نسبت به تملّک ثمن فعل است و اشتراء چه نسبت به تملّک مبیع و چه نسبت به تملیک ثمن انفعال است.

انفعالی بودن تملیک ثمن از جانب مشتری و فعلی بودن تملّک ثمن از جانب بایع، نظیر آن است که کسی دست دراز کنـد و چیزی را از دست دیگری بگیرد و شخصِ از دست دهنده اعتراض نکند بلکه راضی باشد، در این حالت گرچه صدق می کند مـالش را در اختیـار دیگری گذاشـته است، امّا این در اختیار گذاشـتن انفعالی است؛ نه فعلی، به خلاف آن که خودش ابتـداءاً مال را در اختیار دیگری بگذارد.

بنابراین حتّی اگر ثمن عین باشـد تعریف جناب شـیخ بر اشتراء صادق نیست؛ زیرا همه ی رونـد اشتراء به پذیرش و قبول محقق می شود؛ نه ایجاب.

إن قلت: تـا قبول محقق نشـده است، تملیـک بـایع نیز محقق نمی شود و قبول مشـتری نقش در تملیـک مبیع دارد، پس تملیک بایع نسبت به مبیع نیز ضمنی است.(۱)

۱- حاشـیه المکاسب (للإیروانی)، ج ۱، ص۷۴: التملیک و التملّک یکونان فی عرض واحـد و یحـدثان فی مرتبه واحده بإنشاء المبادله بین المالین فلا یعقل أن یکون أحدهما ضـمنیّا و الآخر اسـتقلالیا و لو سـلمناه لم یرتفع بذلک الإشکال لشمول التعریف لکلّ من التّملیک الأصـلیّ و التبعیّ و لم یقیّد التّعریف بالتّملیک الأصـلی لیخرج منه التّملیک التبعیّ. • حاشیه کتاب المکاسب (للأصـفهانی، ط - الحـدیثه)، ج ۱، ص۶۸: لا- یخفی علیـک أنّ المعـامله الـبیعیه کسائر عقود المعاوضـات مرکبه من تسـبیب أحـدهما لملکیه شـی ء بالعوض و مطاوعه الآخر لهـذا التسبب، لا أنّها مرکبه من تسبیبین، فلیس شأن القبول إلّا مطاوعه التسبب المزبـور، و نفس هـذا التسبب الـذی تعلّق به القبول- الـذی به یتم سبب الملکیه- موجب لمـالکیه المشـتری للمعوّض و البـائع للعوض، فالمراد من التملیک الضـمنی إن کان بلحاظ أنّ مال المشتری یکون ملکا للبائع بقبول المشتری الذی هو متمم السـبب، فهو بالإضافه إلی مال المشتری و مال البائع علی حد سواء، فلا اختصاص للتملیک الضـمنی بالعوض کما هو مورد النقض، و إن کان بملاحظه أنّ قبوله لا بد من أن یتضـمن تملیکا من المشتری تسبیبیا، فمرجعه إلی استحقاق البائع علی المشتری تملیک ماله، مع أنّ العوض هو مـال المشتری دون عمله، فلا تملیک ضـمنی من المشتری بوجه من الوجوه. و دعوی: الفرق بین تملیک البائع و تملیـک المشتری، أنّ البـائع یملّـک مـاله بعوض و المشتری یملّـک ماله عوضا، فهو مباین للتملیک بالعوض، غیر وجیهه، فإنّه تملیک ابتدائی لا ضـمنی، فلا یسـتحق إطلاق الضـمنیه علیه. و إن أرید من الضمنیه أنّ قبوله الإنشائی یتضمن التملیک الحقیقی فی قبـال التملیـک الإنشـائی مکـان قبوله الإنشائی. ففیه: أنّه إذا قبل من دون تسبیب إلی تملیک ماله عوضا کان کافیا فی تمامیه السـبب المملک للمعوّض و العوض. ثم اعلم أنّ الکلام فی أنّ البیع بالحمل الشائع یتقوّم بتسبیب من طرف و قبول من آخر، فلا نظر هنـا إلی أنّ السبب لا بـد من أن یکون من طرف البائع بالإیجاب الإنشائی و القبول بإنشاء مفهوم القبول، حتی ینتقض بمثل بیع السلف، حیث یصح للمشتری أن یقول: «أسلفتک عشره دراهم فی منّ من الحنطه» و للبائع أن یقول: «قبلت»، فإنّ التوسعه فی

باب السلف فی مقام السبب لا توجب مغایره حقیقه المسبب فی السلف مع غیره، فتدبر.

قلت: گرچه بنابر این که در صـدق بیع تحقق قبول شـرط است، تملیک مبیع بـدون قبول مشتری محقق نمی شود، امّا به نظر می رسـد بیع بر این مبنـا حقیقت واحـده ای باشـد که عنـد التحلیـل به دو شـیء که یکی فعـل است و دیگری قبول باز گردد، نظیر ترکیب انواع جسـمانی از صورت و مـادّه که بنـابر ترکیب اتحادی «صورت» فعلیت است و «مادّه» قبول محض. و همان طور که بخش مـاده بـا بخش صورت اشـتباه نمی شود، در بیع نیز عمـل بـایع که نظیر صورت است بـا عمل مشتری که نظیر مادّه اسـت اشتباه نمی شود.(۱)

با روشن شدن این که مراد شـیخ از «إنشاء تملیک عینٍ بمال» تملیک فعلی است؛ نه انفعالی، جواب نقض دیگر بر تعریف شیخ که شامـل عمـل مسـتأجر در عقـد اجـاره می شود نیز واضـح می گردد؛ زیرا مسـتأجر گرچه در صورت تملیـک عین در مقابل منفعت مثلاً خانه إنشاء تملیک عین بمال می کند ولی این

۱- ملاک تمییز بایع از مشتری به طور مفصّل در تنبیه سوم معاطات خواهد آمد.

تملیک، تملیک انفعالی است؛ چون عمل مؤجر چه از حیث تملیک منفعت و چه از حیث تملّک ثمن، ایجاب و فعل است و عمل مستأجر چه از حیث تملّک منفعت و چه از حیث تملیک ثمن همیشه قبول و انفعال است. بنابراین تعریف شیخ شامل عمل مستأجر نمی شود.

اشکال پنجم (انطباق تعریف بر صلح)

اشاره

پنجمین اشکالی که شیخ مطرح می فرماید این است که تعریف بیع به «إنشاء تملیک عین بمال» شامل صلح بر روی عین [در مقابل مال] هم می شود؛ مثلاً اگر زید کتابش را با عمرو در مقابل هزار تومان مصالحه کند، در واقع کتابش را در مقابل مال تملیک کرده و «إنشاء تملیک عینٍ بمال» بر فعل او صادق است، پس این تعریف طارد اغیار نیست.

چنان که بیان کردیم تلاش برای تعریف دقیق بیع برای آن است که بیع از سایر عقود ممتاز شود؛ چراکه احکامی بر بیع مترتب است که بر سایر عقود مترتب نیست؛ مثلاً- خیار مجلس، خیار حیوان، خیار تأخیر، لزوم تقابض در مجلس در بیع نقدین و ... مخصوص بیع است و در صلح و عقود دیگر جاری نمی شود، یا حق شفعه در جایی است که احد الشریکین سهم مشاع خودش را به شخص ثالث بفروشد، امّا اگر با او مصالحه کرده یا به نحو دیگری منتقل کرده باشد، شریکِ دیگر حق شفعه ندارد. کما این که شرط عدم غرر مخصوص بیع یا بعض عقود مثل بیع است، امّا در صلح لازم نیست معامله غیر غرری باشد؛ چون مبنای صلح فی الجمله یا بالجمله بر غرر است.

پاسخ شیخ قدس سره – به اشکال پنجم

به هر حال شیخ قدس سره -(۱) در پاسخ به اشکال پنجم ابتدا می فرماید:

صلح به معنای سازش(۲) و با هم کنار آمدن است و آن چه متصالحین إنشاء می کنند سازش است، به خلاف بیع که به معنای تملیک عین بمال است. بنابراین گر چه ممکن است اثر صلح، تملیک باشد ولی این لازمه ی حقیقت صلح است، حقیقت صلح همان سازش است، به خلاف بیع که حقیقت آن تملیک علی وجه

۱- المکاسب المحرمه (ط – الحدیثه)، ج ۳، ص۱۴: و منها: انتقاض طرده بالصلح علی العین بمالٍ، و بالهبه المعوّضه. و فیه: أنّ حقیقه الصلح و لو تعلّق بالعین لیس هو التملیک علی وجه المقابله و المعاوضه، بل معناه الأصلی هو التسالم؛ و لذا لا یتعدّی بنفسه إلی المال. نعم، هو متضمّن للتملیک إذا تعلّق بعینٍ، لا أنّه نفسه. و الذی یدلّک علی هذا: أنّ الصلح قد یتعلّق بالمال عیناً أو منفعه، فیفید التملیک. و قد یتعلّق بالانتفاع به فیفید فائده العاریه، و هو مجرّد التسلیط و قد یتعلّق بالحقوق، فیفید الإسقاط أو الانتقال، و قد یتعلّق بتقریر أمرٍ بین المتصالحین کما فی قول أحد الشریکین لصاحبه: «صالحتک علی أن یکون الربح لک و الخسران علیک» فیفید مجرّد التقریر. فلو کانت حقیقه الصلح هی عین کلٍّ من هذه المفاداه الخمسه لزم کونه مشترکاً لفظیّاً، و هو واضح البطلان، فلم یبقَ إلّا أن یکون مفهومه معنیً آخر، و هو التسالم، فیفید فی کلٍّ موضع فائده من الفوائد المذکوره بحسب ما یقتضیه متعلّقه. فالصلح علی العین بعوضٍ: تسالمٌ علیه، و هو یتضمّن التملیک، لا أنّ مفهوم الصلح فی خصوص هذا المقام و حقیقته هو إنشاء التملیک، و من هنا لم یکن طلبه من الخصم إقراراً، بخلاف طلب التملیک.

۲- حاشیه کتاب المکاسب (للأصفهانی، ط – الحدیثه)، ج ۱، ص۶۹: معنی الصلح و الصلوح و الصلاح ما یعبر عنه بالفارسیه (بسازش و سازگاری) فهو أقرب إلی مفهوم الموافقه و الملائمه من المسالمه، فإنّ السلم و المسالمه بمعنی الخلوص تقریبا، و السالم هو الخالی عن الآفات و الخالص منها، و السلام من أسمائه الحسنی بمعنی الخالص عن النقائص، و الإسلام إخلاص القلب من الکفر و الشرک، و المسالمه جعل القلب خالیا عما لا- یوافق غرض الآخر، فالصلح علی أی حال مغایر مفهوما مع مفهوم البیع، بل الأمر کذلک وجودا، فإنّ ما هو بیع بالحمل الشائع غیر ما هو صلح بالحمل الشائع، و إن کان التسالم علی ملکیه شی ء بعوض تفید نتیجه البیع، و هی ملکیه عین بعوض.

المقـابله است. به خاطر همین تفاوت معنای صـلح و بیع است که ماده ی بیع بنفسه متعـدی به عین می شود،ماننـد «بعتک هـذا الکتاب بـذاک الثمن» ولی ماده ی صـلح با حرف جر متعـدی می شود، ماننـد «صالحتُکَ علی أن یَکونَ هـذا الکتابُ مِلکاً لک قِبال أن یکون ذاک المال لی» در حالی که اگر مترادف بودنـد، یا باید هر دو با حرف جر متعدی می شدند و یا هیچ کدام نیاز به حرف جر نداشت. پس تعریف إنشاء تملیک عین بمال بر صلح منطبق نمی شود.

مرحوم شیـخ قـدس سره - سپس برای تثبیت این که معنای صـلح فقط سازش است و نتیجه ی صـلح، خارج از حقیقت صـلح است می فرماید: دقت در موارد استعمال صلح این معنا را روشن می کند؛ زیرا:

۱. گـاهی متعلق صـلح مـال است، چه آن مـال عین باشـد مثلاً کتاب را در مقابل ده هزار تومان مصالحه می کنـد و چه منفعت باشـد؛ مثلاًـ منفعت خـانه را در قبـال پنجاه هزار تومان مصالحه می کنـد. در این صورت نتیجه و فایـده ی صـلح تملیک است؛ یعنی آن مال را که متعلق صلح است به طرف مقابل تملیک می کند.(۱)

۲. گـاهی متعلق صـلح انتفـاع است؛ مثلاًـ [جواز] انتفـاع از منزل را در قبـال پنجاه هزار تومان مصالحه می کنـد. در این صورت فایـده ی صـلح تملیـک نیست؛ یعنی منفعت را تملیک نمی کنـد تا بتوانـد دیگران و حتی خود مالک را منع کنـد، بلکه مجرد تسلیط است و فایـده ی عاریه می دهـد؛ چون در عاریه، مسـتعیر می توانـد از عینی که مورد عاریه قرار گرفته انتفاع ببرد بدون آن که عین یا منفعت را مالک شود. به خلاف صورت قبل که منفعت را مالک می شد.(۲)

۱- همان: أنّ الصلح قد یتعلّق بالمال عیناً أو منفعه، فیفید التملیک.

۲- همان: و قد یتعلّق بالانتفاع به فیفید فائده العاریه، و هو مجرّد التسلیط.

۳. گاهی متعلق صلح حقوق است که نتیجه ی آن اسقاط یا انتقال حق است، مثلاً اسقاط حق خیار یا انتقال حق تحجیر خود را در قبال فلان مقدار مصالحه می کند.(۱)

۴. گاهی مصالحه به تقریر و تثبیت امری تعلق می گیرد؛ مثلاً دو نفر که با هم شریک هستند و با هم کار کرده، سود و زیان برده اند، یکی از آن دو به دیگری می گوید: مصالحه کردم با تو به این که سود و زیان هر چه هست مال تو باشد، در مقابل سهم من را از مال مشترک به من برگردان. پس نتیجه ی مصالحه در این صورت تثبیت امری بین المتصالحین است.(۲)

پس صلح گاهی افاده ی تملیک، گاهی افاده ی مجرد تسلیط، گاهی افاده ی اسقاط و نقل و گاهی افاده ی تقریر امر می کند. حال اگر بگوییم: صلح در هر یک از این موارد به معنای نتیجه و فایده ی آن مورد است یعنی در مواردی که افاده ی تملیک می کند به معنای تملیک است و در مواردی که افاده ی تسلیط می کند به معنای تسلیط است و ... لازمه اش آن است که لفظ صلح، مشترک لفظی بین این معانی باشد که وجه مشترکی ندارند، در حالی که این بدیهی البطلان است و صلح چهار معنای متباین ندارد. پس معلوم می شود صلح معنای دیگری دارد و آن سازش است، نهایت آن که گاهی سازش در تملیک است، گاهی سازش در تسلیط بدون تملیک، گاهی سازش بر اسقاط و نقل و گاهی سازش بر تثبیت امری بین متصالحین است.

۱- همان: و قد یتعلّق بالحقوق، فیفید الإسقاط أو الانتقال.

۲- همان: و قد یتعلّق بتقریر أمرٍ بین المتصالحین کما فی قول أحد الشریکین لصاحبه: «صالحتک علی أن یکون الربح لک و الخسران علیک» فیفید مجرّد التقریر.

مرحوم شیخ باز برای تثبیت این که حقیقت صلح به معنای سازش است؛ نه تملیک می فرماید: اگر صلح به معنای تملیک باشد لازمه اش آن است که اگر گفت: بیا بر سر این کتاب با هم مصالحه کنیم، به معنای اقرار به مالکیت طرف مقابل نسبت به کتاب باشد؛ زیرا تملیک بدون مالک بودن معنا ندارد، در حالی که واقعیت این طور نیست و طلب مصالحه به معنای سازش نسبت به دعوای مالکیت کتاب است؛ یعنی هر چند کتاب مال تو نیست، ولی بیا با هم سازش کنیم.

پس نتیجه این شد که صلح در موارد تملیک عین به مال، به معنای تملیک نیست بلکه به معنای سازش است که نتیجه ی آن تملیک عین به مال است، لذا تعریف إنشاء تملیک عینٍ بمالٍ بر آن منطبق نیست. پس اشکال پنجم بر تعریف شیخ قدس سره - وارد نیست.

بررسی پاسخ شیخ قدس سره -

اصل فرمایش شیخ که صلح عرفاً و لغةً با بیع متفاوت بوده و به معنای سازش است و نیز بیان هایی که برای تثبیت آن ذکر کردند مورد قبول است، فقط این نکته که مرحوم شیخ، اختلاف بیع و صلح در تعدّی بنفسه و تعدّی به حرف جر را شاهد بر تغایر معنای بیع و صلح گرفتند درست نیست؛ چون ممکن است کسی ادعا کند ماده ی صلح به همراه حرف جر به معنای بیع است؛ یعنی بعت کذا مرادف صالحت علی کذا می باشد. و نظائر آن(۱) حتی در زبان های دیگر یا در زبانی نسبت به زبان دیگر فراوان است؛ مثلاً ترکیب دو واژه ی «have to» در زبان انگلیسی و «ضرورت دارد» در زبان فارسی به معنای «must» و «باید» می باشد.(۲) بنابراین مانعی

۱- مثلاً «ألزمک» به معنای «أوجب علیک» می باشد. (امیرخانی)

۲- برای توضیح بیشتر در این موضوع رجوع شود به کتاب ارزشمند فلسفه ی اخلاق حضرت استاد دام ظله، ص۴۱.

ندارد دو کلمه با هم، مرادف یک کلمه در همان زبان یا لغت دیگر باشد.

اشکال ششم (انطباق تعریف بر هبه ی معوضه)

اشاره

ششمین اشکالی که شیخ قدس سره - مطرح می فرماید این است که تعریف بیع به «إنشاء تملیک عینٍ بمالٍ» بر هبه ی معوضه نیز منطبق می شود و از این جهت طارد اغیار نیست.

اصطلاح هبه ی معوّضه دو کاربرد دارد:

۱. بعد از این که هبه ای مجاناً و بدون شرط از طرف واهب اتفاق افتاد و متهب قبول کرد، متهب نیز هبه ای به قصد مقابله یا شاید حتی بدون قصد مقابله به واهب بدهد.(۱) اثر هبه ی دوم آن است که هبه ی اوّل لازم شده و قابل رجوع نمی باشد.(۲)

۲. واهب در ضمن عقد هبه، شرط می کند که متهب چیزی را به عنوان عوض

۱- جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۸، ص۱۸۶: و کذا لا رجوع بها إن عوض عنها و لو کان العوض یسیرا بلا خلاف أجده فیه حتی من المرتضی بل الإجماع بقسمیه علیه، بل المحکی منه مستفیض أو متواتر مضافا إلی صحیح عبد الله بن سنان عن أبی عبد الله (علیه السلام) «إذا عوض صاحب الهبه فلیس له أن یرجع». و صحیح عبد الرحمن و عبد الله بن سلیمان المتقدم سابقا، بل ظاهر إطلاق النص و الفتوی عدم الفرق فی العوض بین أن یکون فی نفس العقد أو بعده بأن أطلق فی العقد ثم بذل العوض بعد ذلک. نعم صرح جماعه باعتبار بذله علی أنه عوض، و قبول الواهب له علی ذلک، إذ هو حینئذ هبه جدیده، و لا یجب علیه قبولها، و لا بأس به اقتصارا فی الخروج عن أصل الجواز علی المتیقن، و منه یعلم المناقشه فیما فی القواعد و بعض من تأخر عنها، من الاکتفاء بها و لو کان من بعضها، بل المتبادر من المعاوضه هو کون أحد العوضین غیر الآخر، و الا لزم صدق المعاوضه بدفعها جمیعها إلیه، و من المعلوم کون مثله ردا لا معاوضه، کما هو واضح.

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۷، ص۳۳: عَلِیُّ بْنُ إِبْرَاهِیمَ عَنْ أَبِیهِ عَنِ ابْنِ أَبِی عُمَیْرٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ عَنْ أَبِی عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام - قَالَ: إِذَا عُوِّضَ صَاحِبُ الْهِبَهِ فَلَیْسَ لَهُ أَنْ یَرْجِعَ.

به او بدهد؛ مثلاً می گوید کتابم را به شما می بخشم به شرط آن که شما هم عینکت را به من ببخشی.

مراد مرحوم شیخ از نقض تعریف به هبه ی معوضه، قسم اوّل نیست؛ چون آن چه از جانب واهب در قسم اوّل اتفاق می افتد تملیک عینٍ بمالٍ نیست، بلکه تملیک مجانی است، به خلاف قسم دوم که با شرطی که در ضمن عقد می کند در واقع تملیک عینٍ بمال می کند در نتیجه تعریف بر آن صادق است.

تطبیق تعریف بر هبه ی معوضه در صورتی که شرطِ عوض در ضمن عقد به نحو شرط نتیجه باشد واضح تر نیز می شود؛ چون شرط اگر به نحو فعل باشد، چه بسا متهب بعد از قبول هبه، به آن شرط عمل نکند زیرا هبه نیاز به إنشاء دارد و بدون إنشاء واقع نمی شود(۱) امّا اگر به نحو شرط نتیجه باشد؛ مثلاً بگوید کتابم را به تو هبه کردم به شرط آن که عینک تو مال من باشد، دیگر احتیاج به إنشاء و فعل متهب ندارد، بلکه خود به خود بعد از قبول هبه از طرف متهب، عوض به ملک واهب در می آید؛ چون این طور شرط کرده که عوض ملک واهب شود؛ نه این که متهب آن را تملیک کند.

به هر حال از مجموع چهار صورتی که برای هبه متصور است (۱. هبه ی مجانی بدون عوض ۲. هبه ی مجانی همراه عوض ۳. هبه ی معوضه به نحو شرط فعل ۴. هبه ی معوضه به نحو شرط نتیجه) دو صورت آن (صورت سوم و چهارم) مشمول تعریف إنشاء تملیک عین بمال می شود.

۱- هر چند می توانیم بگوییم با شرط، واهب مالک فعل متهب شده است.

پاسخ شیخ قدس سره – به اشکال ششم

شیخ – رحمه الله علیه – در پاسخ به این اشکال می فرماید(۱): در تعریف «إنشاء تملیک عین بمال» تملیک عین، علی جهه المقابله است؛ یعنی عوض در قبال عین قرار می گیرد و مقابله به عوض، داخل در حقیقت عقد است، لذا اگر در ماهیت عقدی، مقابله ی عین به عوض نباشد تعریف بر آن منطبق نیست. به همین جهت در هبه ی معوضه چه به نحو شرط فعل و چه به نحو شرط نتیجه از آن جا که ماهیت آن، تملیک عین علی نحو مقابله با مال نیست و به تعبیر دیگر إنشاء مبادله نیست بلکه إنشاء تملیک مجانی است و شرط خارج از ماهیت آن است، تعریف نمی تواند بر آن منطبق شود.

۱- المکاسب المحرمه (ط – الحدیثه)، ج ۳، ص۱۴: و أمّا الهبه المعوّضه و المراد بها هنا: ما اشترط فیها العوض فلیست إنشاء تملیکٍ بعوض علی جهه المقابله، و إلّا لم یعقل تملّک أحدهما لأحد العوضین من دون تملّک الآخر للآخر مع أنّ ظاهرهم عدم تملّک العوض بمجرّد تملّک الموهوب الهبه، بل غایه الأمر أنّ المتّهب لو لم یؤدِّ العوض کان للواهب الرجوع فی هبته، فالظاهر أنّ التعویض المشترط فی الهبه کالتعویض الغیر المشترط فیها فی کونه تملیکاً مستقلا یقصد به وقوعه عوضاً، لا أنّ حقیقه المعاوضه و المقابله مقصوده فی کلٍّ من العوضین؛ کما یتّضح ذلک بملاحظه التعویض الغیر المشترط فی ضمن الهبه الاولی. فقد تحقّق ممّا ذکرنا: أنّ حقیقه تملیک العین بالعوض لیست إلّا البیع، فلو قال: «ملّکتک کذا بکذا» کان بیعاً، و لا یصحّ صلحاً و لا هبه معوّضه و إن قصدهما؛ إذ التملیک علی جهه المقابله الحقیقیّه لیس صلحاً، و لا هبه، فلا یقعان به. نعم، لو قلنا بوقوعهما بغیر الألفاظ الصریحه توجّه تحقّقهما مع قصدهما، فما قیل من أنّ البیع هو الأصل فی تملیک الأعیان بالعوض، فیقدّم علی الصلح و الهبه المعوّضه، محلّ تأمّل، بل منع؛ لما عرفت من أنّ تملیک الأعیان بالعوض هو البیع لا غیر. نعم، لو اتی بلفظ «التملیک بالعوض» و احتمل إراده غیر حقیقته کان [مقتضی] الأصل اللفظی حمله علی المعنی الحقیقی، فیحکم بالبیع، لکنّ الظاهر أنّ الأصل بهذا المعنی لیس مراد القائل المتقدّم، و سیجی ء توضیحه فی مسأله المعاطاه فی غیر البیع إن شاء اللّه.

توضیح مطلب این که هبه ی معوضه اگر به نحو شرط فعل باشد، واضح است که ماهیت آن مبادله نیست بلکه تملیک عین مجاناً است؛ فقط واهب شرطی را خارج از ماهیت هبه ذکر می کند، ولی از آن جا که آن شرط، ذیل و تابع عقد است، وفای به آن عند العقلاء لازم بوده و نیز مشمول «المؤمنون عند شروطهم»(۱) می باشد. به عبارت دیگر چون شرط است، انجام آن لازم است؛ نه این که چون مقابل آن عینی که واهب تملیک کرده قرار دارد باید متهب نیز تملیک کند؛ زیرا شرط ممکن است ربطی به واهب نداشته باشد؛ مثلاً بگوید: کتاب را هبه می کنم به شرطی که نماز صبحت را بخوانی، که اگر بیع یا اجاره بود اکل مال در مقابل آن، أکل مال به باطل بود.

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق خرسان)، ج ۷، ص۳۷۱: عَلِیُّ بْنُ الْحَسَنِ عَنْهُ عَنْ أَیُّوبَ بْنِ نُوحٍ عَنْ صَفْوَانَ بْنِ یَحْیَی عَنْ مَنْصُورٍ بُزُرْجَ عَنْ عَبْدٍ صَالِحٍ علیه السلام - قَالَ: قُلْتُ إِنَّ رَجُلًا مِنْ مَوَالِیکَ تَزَوَّجَ امْرَأَةً ثُمَّ طَلَّقَهَا فَبَانَتْ مِنْهُ فَأَرَادَ أَنْ یُرَاجِعَهَا فَأَبَتْ عَلَیْهِ إِلَّا أَنْ یَجْعَلَ لِلَّهِ عَلَیْهِ أَنْ لَا یُطَلِّقَهَا وَ لَا یَتَزَوَّجَ عَلَیْهَا فَأَعْطَاهَا ذَلِکَ ثُمَّ بَدَا لَهُ فِی التَّزْوِیجِ بَعْدَ ذَلِکَ فَکَیْفَ یَصْنَعُ قَالَ بِئْسَ مَا صَنَعَ وَ مَا کَانَ یُدْرِیهِ مَا یَقَعُ فِی قَلْبِهِ بِاللَّیْلِ وَ النَّهَارِ قُلْ لَهُ فَلْیَفِ لِلْمَرْأَةِ بِشَرْطِهَا فَإِنَّ رَسُولَ اللَّهِ۹ قَالَ الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ. • الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص۴۰۴: مُحَمَّدُ بْنُ یَحْیَی عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَیْنِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِسْمَاعِیلَ بْنِ بَزِیعٍ عَنْ مَنْصُورِ بْنِ بُزُرْجَ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِی الْحَسَنِ مُوسَی علیه السلام - وَ أَنَا قَائِمٌ جَعَلَنِیَ اللَّهُ فِدَاکَ إِنَّ شَرِیکاً لِی کَانَتْ تَحْتَهُ امْرَأَةٌ فَطَلَّقَهَا فَبَانَتْ مِنْهُ فَأَرَادَ مُرَاجَعَتَهَا وَ قَالَتِ الْمَرْأَةُ لَا وَ اللَّهِ لَا أَتَزَوَّجُکَ أَبَداً حَتَّی تَجْعَلَ اللَّهَ لِی عَلَیْکَ أَلَّا تُطَلِّقَنِی وَ لَا تَزَوَّجَ عَلَیَّ قَالَ وَ فَعَلَ قُلْتُ نَعَمْ قَدْ فَعَلَ جَعَلَنِیَ اللَّهُ فِدَاکَ قَالَ بِئْسَ مَا صَنَعَ وَ مَا کَانَ یُدْرِیهِ مَا وَقَعَ فِی قَلْبِهِ فِی جَوْفِ اللَّیْلِ أَوِ النَّهَارِ ثُمَّ قَالَ لَهُ أَمَّا الْآنَ فَقُلْ لَهُ فَلْیُتِمَّ لِلْمَرْأَةِ شَرْطَهَا فَإِنَّ رَسُولَ اللَّهِ۹ قَالَ: الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ قُلْتُ جُعِلْتُ فِدَاکَ إِنِّی أَشُکُّ فِی حَرْفٍ فَقَالَ هُوَ عِمْرَانُ یَمُرُّ بِکَ أَ لَیْسَ هُوَ مَعَکَ بِالْمَدِینَهِ فَقُلْتُ بَلَی قَالَ فَقُلْ لَهُ فَلْیَکْتُبْهَا وَ لْیَبْعَثْ بِهَا إِلَیَّ فَجَاءَنَا عِمْرَانُ بَعْدَ ذَلِکَ فَکَتَبْنَاهَا لَهُ وَ لَمْ یَکُنْ فِیهَا زِیَادَهٌ وَ لَا نُقْصَانٌ فَرَجَعَ بَعْدَ ذَلِکَ فَلَقِیَنِی فِی سُوقِ الْحَنَّاطِینَ فَحَکَّ مَنْکِبَهُ بِمَنْکِبِی فَقَالَ یُقْرِئُکَ السَّلَامَ وَ یَقُولُ لَکَ قُلْ لِلرَّجُلِ یَفِی بِشَرْطِ.

بنـابراین شـرط چون عوض تملیک واهب نیست، به مجرد این که واهب تملیک کرد متهب مالک هبه می شود، هر چنـد هنوز شرط را انجـام نـداده یـا حتی تصـمیم دارد انجام ندهـد. بله اگر متّهب به شـرط عمل نکرد عقـد لازم نیست و واهب می تواند رجوع کنـد. به خلاـف بیع که نقـل و انتقال مبیع و ثمن در یک مرتبه محقق می شود و قابل تفکیک از لحاظ مرتبه نیست؛ چه رسد به این که زمان شان متفاوت باشد.

همچنین در هبه ی معوّضه به نحو شـرط نـتیجه که به مجرد تملیـک واهب، عوض نیز به ملـک واهب در می آیـد و تملیـک و تملّک واهب هر دو در یک رتبه محقق می شود گرچه مسأله کمی مشـکل تر است و شـیخ قدس سـره - این صورت را مطرح نکرده، ولی به نظر می آید این جا نیز همان جواب شـیخ - رحمه الله علیه - برای دفع اشکال کافیست؛ زیرا واهب که کتاب را به متهب می بخشـد مجاناً می بخشـد و نمی خواهد عوض در مقابل کتاب قرار دهد و غرضـش إنشاء مبادله نیست، بلکه إنشاء تملیک مجانی است، فقط شـرطی را مثل صورت قبل که خارج از حاقّ عقد است به نحو شرط نتیجه قرار می دهد. پس گرچه هم زمـان و در یک رتبه نقل و انتقال رخ می دهـد، ولی انتقالِ مال از متهب به واهب، انتقال به خود عقـد نیست بلکه انتقال به شرط است. بنـابراین مـاهیت عقـد هبه تملیـک مجـانی است و اگر مـالی در مقابـل قرار می گیرد خارج از ماهیت آن است، به خلاف «إنشاء تملیک عینٍ بمالٍ» که بیان می کنـد خود عقد به نحو معاوضه است. بنابراین تعریف «إنشاء تملیک عینٍ بمالٍ» بر هبه ی معوضه چه به نحو شرط فعل و چه به نحو شرط نتیجه منطبق نمی شود.

اشکال هفتم (انطباق تعریف بر قرض)

اشاره

اشکال دیگری که شیخ قدس سره - مطرح می فرماید(۱) این است که تعریف بیع به «إنشاء تملیک عینٍ بمالٍ» بر «قرض» نیز منطبق می شود؛ زیرا قرض به معنای تملیک به ضمان (مثل یا قیمت) است. پس قرض، هم مشتمل بر تملیک است و هم عوض که مثل یا قیمت باشد، لذا تعریف مذکور از این جهت طارد اغیار نیست.

پاسخ شیخ قدس سره - به اشکال هفتم

شیخ قدس سره - در پاسخ به این اشکال می فرماید: در تعریف «إنشاء تملیک عینٍ بمالٍ» باء در «بمالٍ» باء مقابله و معاوضه است؛ یعنی تملیک در مقابل مال است، در حالی که در قرض مقابله و معاوضه نیست؛ یعنی مُقرِض در مقابل تملیکی که انجام می دهد چیزی قرار نمی دهد. بله ضمان در حاقّ قرض موجود است، ولی ضمان به عنوان عِوض برای تملیکِ عین نیست.

شواهد شیخ قدس سره - بر معاوضه نبودن قرض

اشاره

مرحوم شیخ سپس چهار شاهد بر این که قرض معاوضه نیست ذکر می کند:

و لذا لا یجری فیه ربا المعاوضه، و لا الغرر المنفی فیها، و لا ذکر العوض، و لا العلم به، فتأمّل.

یعنی به خاطر معاوضه نبودن قرض است که ربای معاوضی در آن نیست،

۱- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص۱۵: بقی القرض داخلًا فی ظاهر الحدّ، و یمکن إخراجه بأنّ مفهومه لیس نفس المعاوضه، بل هو تملیک علی وجه ضمان المثل أو القیمه، لا معاوضه للعین بهما؛ و لذا لا یجری فیه ربا المعاوضه، و لا الغرر المنفی فیها، و لا ذکر العوض، و لا العلم به، فتأمّل.

احکام معاوضه ی غرری بر آن مترتب نیست و ذکر عوض و نیز علم به عوض در آن لازم نیست.

شاهد اوّل: عدم جریان ربای معاوضی در قرض

ربای حرام دو قسم است؛ ربای معاوضی و ربای قرضی.

ربای معاوضی آن است که در معاوضه ی مَکیل و موزون به هم جنس خود، یکی از دو طرف معاوضه مشتمل بر زیاده باشد. مثلاً- یک کیلو گندم را در مقابل دو کیلو گندم معاوضه کند؛ چه آن یک کیلو گندم از لحاظ کیفیت مرغوب تر و قیمتش مضاعف باشد و چه نباشد، در هر صورت ربا و حرام است. فقط در صورتی که سر به سر معاوضه شوند ربا نیست؛ یعنی یک کیلو گندم در مقابل یک کیلو گندم.

پس موضوع ربای معاوضی مکیل و موزون است که با هم جنس خود معاوضه شود. اجناسی که اصل آن واحد است نیز ملحق به جنس واحد است؛ مثلاً ماست و پنیر، ماست با روغن حیوانی، ماست و شیر و ... از آن جا که اصل همه ی آن ها شیر است یک جنس محسوب می شوند، لذا اگر یک کیلو شیر با نهصد گرم ماست یا نیم کیلو پنیر معاوضه شود ربا بوده و حرام است. هم چنین چیزهایی که تعبداً یا به إخبار شارع اصلشان واحد است ملحق به جنس واحد است(۱)؛ مانند

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص۱۸۷: عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِی عُمَيْرٍ عَنْ حَمَّادِ بْنِ عُثْمَانَ عَنِ الْحَلَبِيِّ عَنْ أَبِی عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام - قَالَ قَالَ: لَا يُبَاعُ مَخْتُومَانِ مِنْ شَعِيرٍ بِمَخْتُومٍ مِنْ حِنْطَةٍ وَ لَا يُبَاعُ إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ وَ التَّمْرُ مِثْلُ ذَلِكَ قَالَ وَ سُئِلَ عَنِ الرَّجُلِ يَشْتَرِی الْحِنْطَهَ فَلَا يَجِدُ عِنْدَ صَاحِبِهَا إِلَّا شَعِيراً أَ يَصْلُحُ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ اثْنَيْنِ بِوَاحِدٍ قَالَ لَا إِنَّمَا أَصْلُهُمَا وَاحِدٌ وَ كَانَ عَلِيٌّ علیه السلام - يَعُدُّ الشَّعِيرَ بِالْحِنْطَهِ. • همان: أَبُو عَلِيٍّ الْأَشْعَرِيُّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الْجَبَّارِ عَنْ صَفْوَانَ عَنْ مَنْصُورِ بْنِ حَازِمٍ عَنْ أَبِی بَصِيرٍ وَ غَيْرِهِ عَنْ أَبِی عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام - قَالَ: الْحِنْطَهُ وَ الشَّعِيرُ رَأْساً بِرَأْسٍ لَا يُزَادُ وَاحِدٌ مِنْهُمَا عَلَى الْآخَرِ. •همان، ص۱۸۸: مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ وَ عِدَّهٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِی نَصْرٍ عَنْ أَبَانٍ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِی عَبْدِ اللَّهِ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِی عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام - أَ يَجُوزُ قَفِيزٌ مِنْ حِنْطَهٍ بِقَفِيزَيْنِ مِنْ شَعِيرٍ؟ فَقَالَ: لَا يَجُوزُ إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ ثُمَّ قَالَ إِنَّ الشَّعِيرَ مِنَ الْحِنْطَهِ.

گندم و جو که یک جنس محسوب می شوند، لذا اگر یک کیلو گندم با دو کیلو جو معاوضه شود ربا می باشد؛ چه قیمت جو ارزان تر باشد و چه نباشد. بله اگر هر کدام جداگانه به قیمت متفاوت معامله شود اشکالی ندارد، مثلاً اگر یک کیلو شیر را به قیمت سه هزار تومان بفروشد و نیم کیلو پنیر را به قیمت پنج هزار تومان بخرد مانعی ندارد، امّا اگر جنس به جنس معامله شود باید سر به سر باشد.

یکی دیگر از تفاضل هایی که ممکن است در ربای معاوضی اتفاق بیافتد این است که یکی نقد باشد و دیگری نسیه؛ مثلاً یک کیلو گندم ردیء بدهد و شش ماه دیگر یک کیلو گندم جید تحویل بگیرد که این هم زیاده ی حکمی بوده و ربا و حرام است؛ چون للأجل قسط من الثمن(۱).

۱- مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه (ط - الحدیثه)، ج ۱۳، ص۷۱۷: و أمّا إسلاف الأثمان فی الأعواض فموضع نصّ و اتّفاق. و أمّا عدم جواز إسلاف الأثمان فی الأثمان فقد نصّ علیه أیضا فی الکتب الأربعه المتقدّمه و غیرها، لأنّ التقابض قبل التفرّق شرط و هو مناف للأجل، و مع ذلک الزیاده الحکمیه الحاصله باعتبار الأجل موجبه للربا فیما إذا تماثل العوضان، إذ للأجل قسط من الثمن. •جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۳، ص۳۴۰: و أما إذا کانت الزیاده حکمیه، کالأجل فلا خلاف محقق معتد به فی عدم الجواز ف لا یجوز حینئذ إسلاف أحدهما فی الآخر، لکن قال المصنف هنا علی الأظهر و لعله أشار به إلی ما حکاه فی المختلف عن الخلاف من کراهه بیع المتجانسین متماثلا نسیئه، و المبسوط من أن الأحوط أن یکون یدا بید. و فی الدروس «إنه أول کلامه، بإراده التحریم لأن المسأله إجماعیه،» قلت: لأنه نفسه منع من بیع الثیاب بالثیاب و الحیوان بالحیوان نسیئه، فضلا عما نحن فیه، فمثله حینئذ لا یعد خلافا بعد الإجماع بقسمیه، و ظهور النصوص فی تحقق الربا بذلک، بل ستعرف القول بتحققه بذلک مع اختلاف الجنس، فضلا عن متحده.

در این که حکمت حرمت ربای معاوضی چیست تحلیل هایی را می توان ارائه کرد، از جمله این که بگوییم شاید شارع خواسته که اقتصاد با واسطه ی پول در جریان باشد و به نحو کالا به کالا نباشد.

ربای قرضی آن است که در قرضی که به دیگری می دهد شرط اضافه کند؛ مثلاً صد هزار تومان قرض می دهد به شرطی که یک ماه دیگر صد و بیست هزار تومان به او برگرداند. شرط اضافه در قرض بأیّ نحوٍ حتی به اندازه ی عاریه ی متاع یا رکوب دابه حرام است. در صحیحه ی محمد بن قیس تصریح می فرماید:

وَ [مُحَمّدُ بنُ الحَسَن] عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ يُوسُفَ بْنِ عَقِيلٍ(۱) عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ قَيْسٍ(۲) عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ۸ قَالَ: مَنْ أَقْرَضَ رَجُلًا وَرِقاً(۳) فَلَا

۱- رجال النجاشی، ص۴۵۲: يوسف بن عقيل البجلی كوفی ثقه قليل الحديث يقول القميون إن له كتابا و عندی أن الكتاب لمحمد بن قيس. أخبرنا أبو الحسن بن الجندی قال: حدثنا محمد بن همام قال: حدثنا علی بن الحسين الهمدانی قال: حدثنا محمد بن خالد البرقی عن يوسف.

۲- رجال النجاشی، ص۳۲۳: محمد بن قيس أبو عبد الله البجلی ثقه عين كوفی روی عن أبی جعفر و أبی عبد الله۸. له كتاب القضايا المعروف رواه عنه عاصم بن حميد الحناط و يوسف بن عقيل و عبيد ابنه. أخبرنا أحمد بن عبد الواحد قال حدثنا علی بن محمد القرشی قال: حدثنا علی بن الحسن بن فضال عن عبد الرحمن بن أبی نجران عن عاصم عن محمد بن قيس. أخبرنا أبو الحسن أحمد بن محمد بن موسی قال: حدثنا أبو علی بن همام قال: حدثنا العباس بن محمد بن الحسين عن أبيه عن عبد الرحمن بن أبی نجران عن عاصم عنه.

۳- وَرِق به معنای پول نقره ای می باشد. در آیه ی شریفه می فرماید: (وَ كَذلِكَ بَعَثْناهُمْ لِيَتَسائَلُوا بَيْنَهُمْ قالَ قائِلٌ مِنْهُمْ كَمْ لَبِثْتُمْ قالُوا لَبِثْنا يَوْماً أَوْ بَعْضَ يَوْمٍ قالُوا رَبُّكُمْ أَعْلَمُ بِما لَبِثْتُمْ فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هذِهِ إِلَى الْمَدينَةِ فَلْيَنْظُرْ أَيُّها أَزْكى طَعاماً فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ وَ لْيَتَلَطَّفْ وَ لا يُشْعِرَنَّ بِكُمْ أَحَداً) (سوره ی مبارکه ی کهف، آیه ی ۱۹) • المصباح المنير فی غريب الشرح الكبير للرافعی، ج۲، ص۶۵۵: الْوَرِقُ: بِكَسرِ الرَّاءِ وَ الْإِسْكَانُ لِلتَّخْفِيفِ النُّقْرَهُ الْمَضْرُوبَهُ وَ مِنْهُمْ مَنْ يَقُولُ النُّقْرَهُ مَضْرُوبَهً كَانَتْ أَوْ غَيْرَ مَضْرُوبَهٍ قَالَ الْفَارَابِيُّ (الوَرِقُ) الْمَالُ مِنَ الدَّرَاهِمِ وَ يَجْمَعُ عَلَى (أَوْرَاقٍ) و (الرِّقَه) مِثْلُ عِدَهٍ مِثْلُ (الْوَرِقِ).

يَشْتَرِطْ إِلَّا مِثْلَهَا فَإِنْ جُوزِيَ أَجْوَدَ مِنْهَا فَلْيَقْبَلْ وَ لَا يَأْخُذْ أَحَدٌ مِنْكُمْ رُكُوبَ دَابَّةٍ أَوْ عَارِيَّةَ مَتَاعٍ يَشْتَرِطُهُ مِنْ أَجْلِ قَرْضِ وَرِقِهِ.(۱)

محمـد بن قیس از امام باقر علیه السـلام - نقل می کنـد که فرمودنـد: کسـی که به دیگری درهمی قرض می دهـد، چیزی مگر مثل آن را شـرط نکند، اگر [بدون شـرط] بهتر از آن به او داده شد قبول کند و کسـی از شما رکوب دابه یا عاریه ی متاع را به خاطر قرض درهمش شرط نکند.

پس اگر مقترض بدون این که شـرط شده باشد بهتر از قرض را تحویل داد، قبول آن برای مقرض مانعی ندارد، ولی اگر زیاده ای را به خاطر قرض شـرط کنـد جایز نیست و ربا محسوب می شود؛ به همین خاطر ما از عبارت «يَشْتَرِطُهُ مِنْ أَجْلِ قَرْضِ وَرِقِهِ» استفاده کردیم که دریافت کارمزد عیبی ندارد؛ زیرا شـرط در صورتی که مِنْ أَجْلِ قَرْضِ وَرِقِهِ باشد جایز نیست، امّا اگر شرط به خاطر ارائه ی خـدمت دیگری غیر از قرض باشـد گرچه به نوعی مربوط به قرض باشد روایت شامل آن نمی شود و به خاطر عمومات می توانیم بگوییم اشـکالی نـدارد، هر چند بعضـی گفته اند روایت از هر جهت اطلاق دارد و اشتراط دریافت کارمزد نیز جایز نیست.

همچنین از روایت اسـتفاده نمی شود اگر مقترض به نفع خود شـرط زیاده کنـد؛ مثلاً بگوید به شـرطی پولت را به عنوان قرض قبول می کنم که به مدت یک سال

۱- وسائل الشیعه، ج ۱۸، کتاب التجاره، ابواب الدین و القرض، باب ۱۹، ح ۱۱، ص۳۵۷ و تهذیب الأحکام، ج ۶، ص۲۰۳.

منزلت را برای سکونت در اختیار من بگذاری(۱) و مقرض قبول کند، چنین قرضی حرام باشد؛ زیرا روایت فرمود: «مَنْ أَقْرَضَ رَجُلًا وَرِقاً فَلَا یَشْتَرِطْ إِلَّا مِثْلَهَا» یعنی مُقْرِض نباید شرط زیاده به نفع خود کند، امّا اگر مقترض شرط زیاده به نفع خود کند مشمول روایت نبوده و تحت عمومات باقی است و مشکلی ندارد.

به خاطر این فرق بین ربای معاوضی و ربای قرضی است که مرحوم شیخ می فرماید: «و لذا لا یجری فیه ربا المعاوضه»؛ در قرض احکام ربای معاوضی جاری نیست؛ زیرا در قرض اگر مقترض شرط زیاده به نفع خود کند مثلاً بگوید به شرطی این صد کیلو گندم را به عنوان قرض قبول می کنم که ده هزار تومان به من بدهی قرض صحیح بوده و حرام نیست، در حالی که اگر قرض معاوضه بود اخذ زیاده در مکیل و موزون جایز نبود؛ زیرا در معاوضه ی جنس به جنسِ مکیل و موزون، در هیچ صورتی اخذ زیاده جایز نیست.

علاوه آن که در معاوضه ی جنس به جنسِ مکیل و موزون، زیاده ی حکمی نیز جایز نیست؛ یعنی یک طرف نمی تواند زمان دار باشد و باید ید به ید باشد، در حالی که اساس قرض بر زیاده ی حکمی است؛ زیرا در قرض، مقترض جنس را نقداً می گیرد و بعد از مدت معینی پس می دهد، پس مقترض دارای زیاده ی حکمی است.(۲)

۱- ممکن است شرایطی برای کسی حاصل شود که نتواند مالش را نزد خود نگه دارد، به همین خاطر دوست دارد به شخص متدین قابل اعتمادی قرض دهد تا در وقت مقتضی مثل یا قیمت آن را پس دهد، مقترض می تواند شرط کند در صورتی قرض قبول می کند که مثلاً از منفعت منزل مقرض استفاده کند.

۲- البته بعضی حواشی مکاسب، فرق های دیگری برای ربای قرضی و ربای معاوضی ذکر کرده اند که با عبارت شیخ چندان سازگاری ندارد. • حاشیه المکاسب (للیزدی)، ج ۱، ص۶۱: أقول یعنی لا یشترط فی تحقّق الرّبا فیه ما یعتبر فی تحققه فی سائر المعاوضات من اعتبار کون العوضین من جنس واحد و اشتراط کونهما من المکیل و الموزون بل یحرم فیه الزّیاده مطلقا و إن لم یکونا من جنس کما فی قرض القیمیّات و کذا إن کان معدودا أیضا هذا و لکن یمکن أن یمنع دلاله ذلک علی عدم کونه معاوضه و إن کان أصل المطلب حقّا لوضوح أنّ القرض تملیک بالضّمان لا بعوض و ذلک لإمکان اختصاص بعض المعاوضات بسعه دائره الرّبا فیه لدلیل خاصّ فتدبّر.

تفاوت حکم قرض با معاوضه در ربا آیت آن است که قرض اصلاً معاوضه نیست.

شاهد دوم: جواز غرر در قرض

غرر(۱) به معنای خطر(۲) ناشی از جهالت است؛ مثلاًـ بایع بگوید آن چه در جیب من است به ده میلیون فروختم، و مشتری بدون آن که بداند چیست بگوید خریدم.

غرر در بیع و بنابر احتمالی در تمام معاملات مبنی بر تحفظ از غبن یا حداقل در بیع و اجاره جایز نیست، امّا در قرض مانعی ندارد(۳)؛ چون در حقیقت خطری

۱- تاج العروس من جواهر القاموس، ج ۷، ص ۳۰۰: و غَرَّرَ بِنَفْسِه و کذلک بالمالِ تَغْریراً و تَغِرَّةً، کتَحِلَّه و تَعِلَّه: عَرَّضَـها لِلْهَلَکَهِ من غیر أَنْ یَعْرِفَ، و الاـسْمُ الغَرَر، مُحَرَّکهً، و هـو الخَطَرُ، و منه الحـدیثُ: «نَهَی رَسُـولُ اللّه صـلَّی اللّه تعـالَی علیه و سَـلَّم عن بَیْع الغَرَر» و هو مِثْلُ بَیْع السَّمَک فی المَاءِ، و الطَّیْرِ فی الهَوَاءِ. و قِیلَ: هو ما کانَ له ظاهرٌ یَغُرّ المُشْتَرِیَ، و باطِنٌ مَجْهُول. و قِیل: هو أَنْ یکونَ علی غَیْرِ عُهْـدَهٍ و لاـ ثِقَهٍ. قال الأَزهریّ: و یَـدْخُل فی بَیْع الغَرَرِ البُیُوعُ المَجْهُولَه الّتی لا یُحِیطُ بکُنْهِها المُتبایِعانِ حَتَّی تَکُونَ مَعْلُومَهً.

۲- المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، ج ۱، ص ۱۷۳: الخَطَرُ: الإِشْرَافُ عَلَی الْهَلَـاکِ و خَوْفُ التَّلَفِ. و (الْخَطَرُ) السَّبْقُ الَّذِی یُتَراهَنُ عَلَیْهِ و الْجمعُ (أَخْطَارٌ) مثْلُ سَـبَبٍ و أَسْبَابٍ و (أَخْطَرْتُ) الْمَال (إِخْطَاراً) جَعَلْتُهُ (خَطَراً) بَیْنَ الْمُتَراهِنِینَ وَ بَادِیَهٌ (مُخْطِرَهٌ) کَأَنَّهَـا (أَخْطَرَتِ) الْمُسَـافِرَ فَجَعَلَتْهُ (خَطَراً) بَیْنَ السَّلَـامَهِ و التَّلَـفِ و (خَـاطَرْتُهُ) عَلَی مَـالٍ مثْلُ رَاهَنْتُهُ عَلَیْهِ وَزْناً و مَعْنًی. و (خَاطَرَ) بِنَفْسِهِ فَعَلَ مَا یَکُونُ الْخَوْفُ فِیهِ أَغْلَبَ.

۳- هر چند بعضـی در قرض نیز قائلنـد نباید غرر باشد. • نهج الفقاهه، ص۱۷: فان دلیل نفی الغرر و ان کان الظاهر اختصاصه بـالبیع و هـو قـوله علیه السـلام -: نهی النبی۹ عـن بیع الغرر، إلاـ أن المعروف بینهـم عمـومه لمطلـق المعاوضـات، و مع ذلک فـالمحکی عن تصریح بعض و ظاهر آخرین عـدم قـدح الغرر فی القرض. اللهم إلّا أن یقال: المصرح به أیضا فی کلام جماعه قـدحه فیـه، و تصـریح بعض بخلافه کتصریح بعض بـذلک فی المعاوضـات «و بـالجمله»: قـدح الغرر فی القرض کقـدحه فی المعاوضـات محـل اشـکال، و لکن المعروف بینهم ذلک فراجع. نعم فی القیمی ظاهرهم جواز قرضه مع عـدم العلم بقیمته وقت القرض مع بنائهم علی ثبوت القیمه فی الذمه عندهم.

نیست و مقترض بـا دریـافت آن دچـار خطر ضـرر نمی شود، فقـط ضامن مثل یا قیمت آن است؛ یعنی هر چه باشـد همان را به مقرض برمی گردانـد، کمـا این که مقرض هم گرفتار خطر ضـرر نمی شود، به خلاف بیع و سایر معاملات که خطر است؛ زیرا ممکن است مثلاًـ ارزش آن چه در جیب بایع است صـد تومان باشـد؛ نه ده میلیون. پس این که غرر در قرض جایز است شاهد بر آن است که معاوضه نیست.

شاهد سوم: عدم لزوم ذکر عوض در قرض

یکی دیگر از شواهدی که شیخ برای عدم معاوضه بودن قرض ذکر می کند آن است که ذکر عوض در استقراض لازم نیست، در حالی که اگر معاوضه بود ذکر عوض لازم بود؛ چون معاوضه یعنی مبادله ی عوض و معوّض.

شاهد چهارم: عدم لزوم علم به عوض

در قرض علم به عوض تعییناً لازم نیست، به خلاف معاوضات که علم به عوض همانند علم به مبیع لازم است.

مرحوم شیخ بعد از ذکر این چهار شاهد می فرماید «فتأمل».

شایـد مرادشان این است که چون قرض به معنای برگردانـدن مثل یا قیمت است، پس ذکر عوض شده و علم به عوض حاصـل است و غرر هم منتفی است.

اشکال محقق ایروانی بر پاسخ شیخ قدس سرهما –

محقق ایروانی قدس سره – از محشّین مدقّق مکاسب که مطالبش را بدون تعقید و با قلم

روان بیان می کند اشکالی(۱) بر پاسخ جناب شیخ که قرض «تملیک علی وجه الضمان» است؛ نه معاوضه مطرح کرده که این پاسخ یا تغییر عبارت است و در حقیقت تملیک علی وجه الضمان، چیزی جز همان إنشاء تملیک عینٍ بمالٍ إفاده نمی کند یا آن که تعبیر تملیک علی وجه الضمان کلام نامعقولی است.

توضیح مطلب این که اگر مراد از تعریف قرض به «تملیک علی وجه الضمان» آن باشد که تملیک به نحو مقابله است و ضمان، مقابل این تملیک است به گونه ای که عوض در ذمه ی مقترض قرار می گیرد، این در حقیقت همان تملیک عینٍ بمالٍ است و تعویض لفظ، تغییری در حقیقت و ماهیت آن ایجاد نکرده است. و یا آن که مراد از تملیک علی وجه الضمان تملیک مجانی است، فقط شرط شده که ذمه ی مقترض به حکم شرع مشغول به ضمان (مثل یا قیمت) باشد، که کلام نامعقولی است؛ زیرا معنا ندارد کسی مجاناً چیزی را مالک شود و در عین حال ذمه اش نسبت به آن شیء مشغول باشد! خصوصاً اگر عین آن هنوز باقی باشد، مجانی بودن با ضمان سازگاری ندارد و نامعقول است.

بنابراین تعریف جناب شیخ منطبق بر قرض نیز می شود و تعریف مذکور مانع اغیار نیست.

۱- حاشیه المکاسب (للإیروانی)، ج ۱، ص۷۴: قد تقدّم بیان حقیقه القرض و أنّه عباره عن تملیک العین و تأمین المالیّه و أمّا ما أفاده المصنّف فی الفرق بینه و بین المعاوضه فإمّا هو مجرّد تغییر للعباره مع کون واقعه هو المعاوضه أو هو غیر معقول فإنّ التّملیک علی وجه ضمان المثل أو القیمه إن کان بمعنی المقابله علی أن یکون تملیکا بإزاء عوض فی الذّمه فذلک هو الأوّل فإنّه تملیک بعوض فی الذّمه و إن کان لا بمعنی المقابله بل کان التّملیک مجّانیا و قد اشترط فی تملیکه أن تکون الذّمه مشغوله بحکم الشّارع کما تکون مشغوله فی موارد الضّمانات فذاک هو الثّانی فإنه لا یعقل أن یکون الشخص ضامنا لملک نفسه لا سیّما مع قیام عینه فتکون العین له و ممّا ملکها مجّانا و مع ذلک یکون ضامنا لها علی أن یؤدّی العوض للغیر.

نقد کلام محقق ایروانی قدس سره –

اشکال محقق ایروانی قدس سره – به روشنی قابل دفع است؛ چون قرض نه تملیک بالعوض (معاوضه) است و نه تملیک مجانی، بلکه تملیک با جبران خسارت است؛ زیرا:

در معاوضه، معاوضه کننده می خواهد معوَّض را از ملکیت خود خارج کند تا عوض را در مقابل آن تصاحب کند و چه بسا آن عوض از لحاظ مالیت بیشتر یا کمتر از معوّض باشد، مساوی هم باشد باز تفاوتی بین معوّض و عوض وجود دارد؛ چون اگر عوض و معوّض دقیقاً مثل هم باشند در ید به ید، بیع [معاوضه] صادق نیست، اگر هم یکی نسیه باشد جای تأمل دارد و بعضی گفته اند صادق نیست.

ولی در قرض، مقرِض نمی خواهد مال را از ملکیت خود خارج کند و با چیز دیگری معاوضه و تبدیل کند، بلکه چون مقترض به حسب معمول به آن نیاز دارد هر چند نیاز مقترض شرط لازم در قرض نیست مُقرِض از مال خود غمض عین کرده و به ملک مقترض در می آورد، ولی این طور نیست که این تملیک مجانی باشد یا علی وجه المعاوضه باشد، بلکه تملیک می کند که بعد از أجل مقرر یا مطالبه ی مقرض، اگر عین باقی بود عین را برگرداند و اگر عین باقی نبود مثل آن و اگر مثل نبود قیمت آن را به مُقرض برگرداند.

پس در قرض، مقرض به خاطر تصاحب مثل یا قیمت، عین را تملیک نمی کند، لذا اگر موقع پس دادن، عین باقی بود و مقترض عین را پس داد مُقرض نمی تواند مقترض را ملزم کند به جای عین، مثل یا قیمت آن را بپردازد. گرچه بعضی احتمال داده یا شاید فتوا داده باشند که مقرض می تواند عین را قبول نکند و مثل یا قیمت را مطالبه کند، ولی این صحیح نیست؛ زیرا اگر آن عین، مثلی باشد مثل می دهد چون مراد از مثل، جامع بین عین و سایر امثال است و اگر قیمی باشد، پرداخت قیمت در صورتی لازم است که ارجاع عین ممکن نباشد.

و فرضاً اگر مقرض بتوانـد بـا وجود عین، مقترض را ملزم به پرداخت مثـل یا قیمت کنـد، باز این از باب عوض نیست، بلکه از بـاب جبران خسـارت است؛ یعنی مقرض مـالش را تملیـک کرد با جبران خسارت از طرف مقترض، که اگر مثلی بود به مثل و اگر قیمی بود به قیمت جبران کنـد و اینماننـد آن است که اگر کسـی مـال دیگری را اتلاف کرد بایـد مثـل یـا قیمت آن را بپردازد، پس همان طور که ضـمان اتلاف، عوض محسوب نمی شود و معاوضه صادق نیست، ضـمان قرض نیز عوض نیست و معاوضه صدق نمی کند.

پس تعریف «إنشاء تملیک عینٍ بمالٍ» شامل قرض نمی شود؛ زیرا در تعریف مذکور، مقابله و معاوضه به نص خود شیخ قدس سره – و به دلالت «باء» مأخوذ است، برخلاف تملیک قرضی که مقابله و معاوضه نیست، بلکه تملیک است با جبران خسارت.

اشتباه مصادیق قرض در تعاملات بانکی

تعریف قرض همان طور که بیان شـد «التملیک علی وجه الضـمان» می باشـد، هر چند که ما تبصـره ای به این تعریف در جای خود خواهیم داشت.

عدم دقت در تعریف قرض باعث شده کثیری که از آنان توقع نمی رود، در تعاملات بانکی دچار اشتباه شوند و مواردی را که تعریف قرض بر آن صادق است با عقود دیگر اشـتباه بگیرند؛ مثلاً پولی را که در بانک گذاشته می شود اطلاق ودیعه و امانت بر آن می کننـد، در حـالی که حـد قرض بر آن صـادق است؛ چون سپرده گـذار بـا این قصـد پول را در بانک می گـذارد که بانک در آن تصـرف مالکانه کند و هر وقت مطالبه کرد، بانک مثل آن را به او بازگرداند و اراده نمی کند بانک عین آن پول را بـه او برگردانـد، لـذا تعریـف التملیـک علی وجه الضـمان بر آن منطبـق است، ولی در ودیعه و امـانت، امـانت دار حق هیچ تصرفی ندارد و باید عین آن را

به ودیعه گذار بازگرداند، مانند ودیعه گذاشتن طلا در بانک که بانک در آن تصرف نمی کند و عین آن را برمی گرداند.

یا حساب جاری را می گویند قرض نیست، در حالی که حساب جاری معمولاً به نحو تملیک علی وجه الضمان است و هیچ کس اراده نمی کند عین همان پولی را که در بانک گذاشته، بانک به او برگرداند.

بله، در مواردی که برای سرمایه گذاری پول در بانک می گذارد حساب دیگری دارد که با بعضی وکالت ها، بسیاری از امور آن را تصحیح می کنند.

اشکالات دیگر تعریف شیخ از محقق ایروانی قدس سرهما –

اشاره

بعد از بررسی اشکالاتی که خود مرحوم شیخ بر تعریفشان از بیع به «إنشاء تملیک عینٍ بمالٍ» وارد و دفع کردند، برای کامل شدن بحث، تعدادی از اشکالاتی که بعض أعلام از جمله محقق ایروانی، محقق اصفهانی، مرحوم امام و ... رضوان الله تعالی علیهم بر تعریف شیخ قدس سره – وارد کرده اند مطرح کرده و بررسی می کنیم.

محقق ایروانی قدس سره – با أردأ التعاریف و أزیف(۱) التعاریف خواندن تعریف شیخ قدس سره – اشکالات(۲) متعددی بر تعریف مذکور وارد می کند، از جمله:

۱- المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، ج۱، ص۲۶۱: زَافَتِ: الدَّرَاهِمُ (تَزِيفُ) (زَيْفاً) مِنْ بَابِ سَارَ رَدُؤَتْ ثُمَّ وُصِفَ بِالْمَصْدَرِ فَقِيلَ دِرْهَمُ (زَيْفٌ) و جُمِعَ عَلَى مَعْنَى الاسْمِيَّةِ فَقِيلَ (زُيُوفٌ) مِثْلُ فَلْسٍ و فُلُوسٍ وَ رُبَّمَا قِيلَ (زَائِفٌ) عَلَى الْأَصْلِ و دَرَاهِمُ (زُيَّفٌ) مِثْلُ رَاكِعٍ و رُكَّعٍ و (زَيَّفْتُهَا) (تَزْيِيفاً) أَظْهَرْتُ (زَيْفَهَا) قَالَ بَعْضُهُمْ الزُّيُوفُ هى الْمَطْلِيَّةُ بِالزِّئْبَقِ الْمَعْقُودِ بِمُزَاوَجَةِ الْكِبْرِيتِ وَ كَانَتْ مَعْرُوفَةً قَبْلَ زَمَانِنَا و قَدْرُهَا مِثْلُ سِنَجِ الْمِيزَانِ.

۲- حاشیه المکاسب (للإیروانی)، ج ۱، ص۷۴: هذا أردأ التّعاریف فإنّه مضافا إلی توجّه إشکال عدم قبوله للإنشاء یتّجه علیه: أوّلاـ أنّ البیع لیس من مقوله الإنشاء بل معامله واقعیّه تحصل بالإنشاء. و ثانیا أنّه یشمل إنشاء العابث و اللّاغی و إنشاء الإیجاب غیر المتعقّب بالقبول مع أنّ شیئا من ذلک لیس بیعا بل إنشاء للبیع. و ثالثا العین تشمل الأعیان المتموّله و غیر المتموّله کالخنافس و الدیدان. و رابعا یشمل الإنشاء الصریح و الضّمنی مع أنّ مقصوده الإنشاء الصّریح کیلا یشمل القبول من المشتری و لاـ یشمل قبول مستأجر العین و لا یشمل الصّلح. و خامسا یلزم تعلّق الجار فی التعریف بالعین أو بصفه مقدّره لها حتی یکون تقدیر الکلام إنشاء تملیک عین مقابل بالمال مع أن ظاهره التعلّق بالتّملیک فإذا تعلّق بالتّملیک انطبق التعریف علی الهبه إذ کان العوض عوضا للفعل و هو التّملیک لا عوضا للعین المتعلّق به التملیک و الفارق بین البیع و الهبه عند المصنّف ره هو هذا و لیت شعری ما الّذی دعا المصنّف إلی العدول عن تعریف صاحب المصباح مع أنّ الظّاهر منه فی صدر الکلام ارتضاؤه بتغییر ما و هو تبدیل المال الأوّل بالعین فیکون التعریف مبادله عین بمال و هو أسلم و أبعد عن الإشکال من هذا التّعریف الّذی أحدثه و هو أزیف التّعاریف.

اشکال اوّل (زائد بودن «إنشاء» در تعریف)

اشکال اوّل که علاوه بر محقق ایروانی قدس سره - بعضی دیگر از أجلّای محشّین(۱) نیز

۱- حاشیه المکاسب (للیزدی)، ج ۱، ص ۶۰: لا یخفی أنّ الأولی إسقاط لفظ الإنشاء إذ الغرض من زیادته بیان أن البیع لیس تملیکا خارجیّا بمعنی إیجاد الملکیه الواقعیّه بأن یکون ممّا أمضاه العرف أو الشّارع بل هو تملیک إنشائی من الموجب و إن لم یحصل به الملکیّه عند العرف کما فی بیع الأشیاء المحقّره الّتی یعدّ بیعها سفها و کذا إن لم یحصل به الملکیه عند الشارع کبیع الخمر فإنّه فی الصّورتین بیع غایه الأمر أنّه فاسد عرفا أو شرعا و ذلک کما فی الطّلب الوجوبی فإنّه إیجاب إنشائی لا واقعی فإیجاب الفقیر لإعطاء الدّرهم طلب وجوبیّ و إن لم یحصل به الوجوب عند العقلاء و الشارع و حینئذ فنقول لا حاجه إلی ذکر هذا اللفظ لبیان هذا المطلب بل هو معلوم من لفظ التملیک و علی فرض الحاجه إلیه لا ینبغی جعله جنسا للحدّ بل الأولی أن یقال إنّه تملیک إنشائی. و بالجمله البیع لا یکون إلّا التّملیک کسائر تصاریفه غایته أنّه تملیک إنشائی بل التّملیک أیضا لیس إلّا إیجاد الملکیه الإنشائیّه بمعنی أنّ حقیقته ذلک و هذا واضح بناء علی المختار من کون الملکیّه من الأحکام المجعوله الّتی حقیقتها حین الاعتبار العقلائی إذ حینئذ إذا قال بعت فقد أوجد الملکیّه فی اعتباره و إمضاء العقلاء أو الشّارع له و عدم إمضائهم مطلب آخر فهو نظیر سائر الأفعال الخارجیّه کالضّرب و القتل و نحوهما لا ینبغی أن یدرج فی مفهومها لفظ الإنشاء غایه الفرق أنّ فی ما نحن فیه خارجیّه عین الاعتبار الإنشائی و علی ما ذکرنا فهو و التّملّک و الإیجاب و الوجوب من قبیل الکسر و الانکسار لأنّه لا یعقل التّملیک بدون حصول الملکیّه عند الموجب و إن لم یکن ممّا أمضاه الشّرع و العرف نعم بناء علی مختار المصنف من کون الملکیّه صفه واقعیّه و ربطا واقعیّا بین المالک و المملوک من غیر أن یکون من الأحکام المجعوله لا بدّ أن یقال إنّه تملیک إنشائی لیدخل فیه البیع الفاسد حیث تخیّل أنه لم یوجد فیه الملکیه الخارجیه. هذا و من الغریب ما صدر من بعض المعاصرین فی المقام حیث إنّ لفظ الإنشاء فی المقام بمعنی ما یقابل الإخبار قال معنی البیع إنشاء البیع و معنی البائع منشئ البیع ضروره أن الإخبار عن البیع لا یصحّ أن یسمّی بیعا و کذا من أخبر به بقوله بعت أمس لا یصحّ أن یحکم علیه بأنّه باع فالإنشاء معتبر فی مفهوم البیع و ما تصرّف منه لکنّ التّملیک الّذی ذکر فی التّعریف جنسا حاله حال البیع فلا یسمّی الإخبار عن التملیک أیضا تملیکا فذکر الإنشاء حینئذ مستدرک لأنّه معتبر فی مفهوم لفظ التّملیک انتهی و قد عرفت أن المقصود من ذکر لفظ الإنشاء بیان عدم کونه من التملیک الخارجیّ الّذی أمضاه العرف و الشرع لا بیان عدم کونه من باب الإخبار ثمّ إنّ الأسد و الأخصر فی تعریف البیع أن یقال إنّه تملیک عین بعوض لیشمل صوره کون العوض حقّا أیضا سواء کان علی وجه النّقل أو الإسقاط بل قد عرفت سابقا أنّه لا یعتبر فی حقیقه البیع کون العوضین ممّا له مالیّه بل یصدق و لو کان أحدهما أو کلاهما ممّا لا مالیّه له أصلا کمنّ من تراب أو رماد أو نحو ذلک غایه الأمر أنّه بیع فاسد و دعوی أنّ البیع بلا ثمن أیضا بیع فاسد فلا حاجه إلی ذکر العوض کما تری فإنّا نمنع صدق البیع علیه و إن عبّر به بلفظ البیع فإنّه لو قال بعتک بلا ثمن یعدّ من التّناقض إلّا أن یرید منه الهبه مجازا و بالجمله المعتبر فی حقیقه البیع الأعمّ من الصّحیح و الفاسد کون المبیع عینا و ذکر العوض و کون النّقل علی وجه التّملیک فحقیقه تملیک عین بعوض فتدبّر. • نهج الفقاهه، ص ۱۲: «قوله: إنشاء تملیک عین» هذا محکی عن المصابیح للعلامه الطباطبائی (قده) لکن بعد تبدیل المال بالعوض و اضافه قید (علی وجه التراضی) الیه و جعله الأخصر و الأسد (و فیه) أن البیع موضوع للإنشاء کما تقدم فکیف یکون نفس الإنشاء. نعم. یصح ذلک تعریفا لإنشاء البیع لا للبیع نفسه، و لعل

ذلـك هو المراد- كمـا يشـهد به كـثير من عبـارات الكتـاب الآـتيه- فيكون الإشـكال فى التعـبير لاـ فى المراد، و إن شـئت قلت: التعريف للبيع بمعنى المصـدر لاـ بمعنى اسم المصـدر، كمـا هو محـل البحث. فتأمل فإنه سـيأتى من المصـنف (ره) ان مراده من إنشاء التمليك نفس الإيجاب المقابل للقبول، و سيأتى ما فيه.

ذکر فرموده انـد آن است که طبق ظـاهر تعریف شـیخ، بیع امری است که ذاتـاً إنشـاء است. پس اگر إنشـاء در تعریف بیع أخذ شود در واقع إنشـاء بیع، إنشـاء إنشاء خواهـد بود در حالی که إنشاء دیگر قابل إنشاء نیست. بنابراین تعریف شـیخ از این جهت مزیّف است و باید لفظ «إنشاء» از تعریف بیع برداشته شود، ولی به

نظر ما این اشکال باید چنین تقریر شود: تملیک امری انشائی است؛ نه حقیقی [تکوینی] و اگر حقیقی [تکوینی] بود با إنشاء محقق نمی شد. پس تملیک خود إنشاء است و اگر گفته شود بیع تملیک است، یعنی بیع إنشائی است که مفاد آن ملکیت است و دیگر معنا ندارد گفته شود که بیع، إنشاء إنشائی است که مفاد آن ملکیت می باشد. لذا اصل این اشکال که غیر واحدٍ من الاعلام هر کدام با بیانی ذکر کردند، وارد است.

اشکال دوم (بیع از مقوله ی إنشاء نیست) و نقد آن

اشکال دیگری که محقق ایروانی بر تعریف شیخ وارد می کند این است که «إنّ البیع لیس من مقوله الإنشاء بل معامله واقعیّه تحصل بالإنشاء»؛ بیع از مقوله إنشاء نیست، بلکه معامله ی واقعیه ای است که با إنشاء حاصل می شود.

در نقد کلام محقق ایروانی قدس سره - می گوییم: اگر مراد از «إنّ البیع لیس من مقوله الإنشاء بل معامله واقعیّه تحصل بالإنشاء» این است که بیع خود إنشاء نیست بلکه مورد إنشاء واقع شده و مُنشأ است و إنشاء محصِّل آن است، می گوییم: إنشاء و مُنشأ ذاتاً یکی است و اعتباراً تفاوت دارند.

و اگر مراد این است که بیع امری واقعی و حقیقی است؛ نه اعتباری، می گوییم: اوّلاً ـ این حرف درستی نیست. ثانیاً اگر بیع امر واقعی باشد نمی تواند با إنشاء حاصل شود.

اشکال سوم (شمول تعریف بر إنشاء عابث و لاغی و ایجاب غیر متعقب به قبول) و نقد آن

اشکال دیگر آن که تعریف مرحوم شیخ قدس سره - شامل إنشاء عابث یعنی کسی که عبثاً إنشاء می کند و لاغی از روی لغو إنشاء می کند و ایجاب غیر متعقب به

قبول می شود، در حالی که هیچ یک از این ها بیع نیست.

ولی این اشکال نیز بر تعریف شیخ قدس سره - وارد نیست؛ زیرا إنشاء عابث و لاغی، تملیک جدّی نیست بلکه از روی عبث و لغو «بعثُ» می گوید و قصد تملیک ندارد، کما این که «امر» برای بعث است ولی ممکن است امری مصداق تعجیز یا استهزاء باشد؛ چون از آن به طور جدّ بعث اراده نشده است، بلکه مقصود جدّی از امر مثلاً استهزاء بوده است.

و امّا «ایجاب غیر متعقب به قبول» طبق مبنایی که شیخ اتخاذ خواهند کرد و به زودی خواهد آمد بیع است؛ یعنی شیخ قدس سره - ملتزمند که بیع، اسم برای ایجاب بایع است حتی اگر مشتری قبول نکند. پس طبق مبنای شیخ گرچه ما آن را قبول نداریم این اشکال وارد نیست.

البته این اشکال طبق مبنای صحیح هم قابل دفع است و آن این که در اکثر موارد الا بعض مواردی که مورد اختلاف است در نظر عرف، تملیک بدون قبول طرف مقابل محقق نمی شود و قبول لازمه ی لا ینفک تملیک است.

اشکال چهارم (شمول تعریف بر اعیان غیر متموّله)

اشاره

اشکال دیگری که محقق ایروانی قدس سره - بر تعریف جناب شیخ وارد می کند این است که تعریف مذکور، هم شامل اعیان متموّله می شود و هم اعیان غیر متموّله؛ یعنی در تعریف بیع به «إنشاء تملیک عینٍ بمالٍ» عین اعم است از این که مالیت داشته یا مالیت نداشته باشد، لذا اگر کسی یک مشت خاک بی ارزش و بدون قیمت را به دیگری در مقابل مال تملیک کند بیع محسوب می شود.

به نظر ما نیز این اشکال بر تعریف شیخ وارد است؛ زیرا «عین» اعم است از این که مالیت داشته باشد یا نداشته باشد، در حالی که در بیع لازم است عوض و

معوّض هر دو مال باشند و اگر مال نباشند عرفاً بیع صادق نیست.

عدم لزوم مالیت معوّض در نظر سید یزدی و سید خویی قدس سرهما –

امّا در میان فقهاء بعضی از جمله سید یزدی(۱) – رحمه الله علیه – و سید خویی(۲) – رحمه الله علیه – قائل شده اند

۱- حاشیه المکاسب (للیزدی)، ج ۱، ص ۶۰: قد عرفت سابقا أنّه لا یعتبر فی حقیقه البیع کون العوضین ممّا له مالیّه بل یصدق و لو کان أحدهما أو کلاهما ممّا لا مالیّه له أصلا کمنّ من تراب أو رماد أو نحو ذلک غایه الأمر أنّه بیع فاسد و دعوی أنّ البیع بلا ثمن أیضا بیع فاسد فلا حاجه إلی ذکر العوض کما تری فإنّا نمنع صدق البیع علیه و إن عبّر به بلفظ البیع فإنّه لو قال بعتک بلا ثمن یعدّ من التّناقض إلّا أن یرید منه الهبه مجازا و بالجمله المعتبر فی حقیقه البیع الأعمّ من الصّحیح و الفاسد کون المبیع عینا و ذکر العوض و کون النّقل علی وجه التّملیک فحقیقه تملیک عین بعوض فتدبّر.

۲- مصباح الفقاهه، ج ۲، ص۲۴: أما الوجه فی عدم اختصاص الإضافه المذکوره بالإضافه المالیه فلأنه لا دلیل علی اعتبار المالیه فی البیع. و إنما المناط فی تحقق مفهومه هو صدق عنوان المعاوضه علیه. و أما ما ذکره صاحب المصباح- من أن (الأصل فی البیع مبادله مال بمال)- فلا یکون دلیلا علی ذلک لعدم حجیه قوله. و علی هذا فإذا کان المبیع موردا لغرض المشتری- سواء أ کان مالا عند العقلاء أم لا کالحشرات- و اشتراه بأغلی الثمن صدق علیه مفهوم البیع. و هذا بین لا ریب فیه. غایه ما یلزم کون المعامله علی ما لیس بمال عرفا سفهیه. و لا دلیل علی بطلانها بعد ما شملته أدله صحه البیع. و الفاسد شرعا إنما هو معامله السفیه و الدلیل علی الفساد فیها أن السفیه محجور شرعا عن المعاملات و إذن فلا وجه لأخذ قید المال فی تعریف البیع. قیل: إذا تعلق غرض المشتری باشتراء ما لا یعد مالا فی نظر أهل العرف کان ذلک الغرض موجبا لعروض المالیه له. لما عرفته آنفا من أن مالیه الأشیاء متقومه بنظر العقلاء، و رغبتهم فیها. و من البدیهی أن المشتری من أفرادهم. و الجواب عن ذلک: أن مالیه الأشیاء و إن کانت متقومه برغبه العقلاء و تنافسهم فیها إلا أن المراد من العقلاء نوعهم، دون الشخص الواحد. و لأجل ذلک أن من اعتبر المالیه فی البیع فقد رتب علی اعتباره هذا فساد بیع الحیات و العقارب و الدیدان و الخنافس، و أشباهها من هوام الأرض و صغار دوابها، و غیر ذلک مما لا یعد مالا فی نظر نوع العقلاء و إن کان ذا رغبه لدی بعضهم لغرض ما. و یضاف الی ذلک أنا لو سلمنا وجود الدلیل علی اعتبار المالیه فی البیع. إلا أن ذلک حکم شرعی غیر مربوط بمفهوم البیع حتی یؤخذ فی تعریفه. و لو صح أخذ ذلک فی تعریف البیع لحسن بنا أن نأخذ أحکام البیع برمتها فی تعریفه. مع أنه واضح الفساد.

معوّض لازم نیست مال باشد؛ یعنی اگر معوّض مالیت نداشته باشد نیز عرفاً بیع صادق است.

سید خویی قدس سره - برای اثبات کلام خود مثالی(۱) ذکر کرده و آن این که اگر کسی به خاطر علاقه ای که به جدّش دارد حاضر شود در مقابل به دست آوردن دست نوشتِ جدّش بر روی کاغذی که هیچ قیمتی ندارد پول پرداخت کند در حالی که هیچ کس غیر او حاضر نیست ثمن در مقابل آن بدهد، عرفاً بیع صادق است.

نقد کلام سید خویی قدس سره -

کلام سید خویی قدس سره - ظاهراً ناتمام است؛ زیرا در مثالی که ذکر کردند اگر خوب دقت کنیم می بینیم که عرفاً بیع نیست، بلکه کأنّ ابتدا از مالك می خواهد آن دست خط را مجاناً تملیك او کند، وقتی قبول نکرد یا می داند قبول نمی کند

۱- مصباح الفقاهه، ج ۵، ص۱۲۰: یکفی فی صحه المعامله علی ما لیس بمال مجرد الغرض الشخصی، کما إذا اشتری مکتوبه جده بقیمه عالیه للإبقاء مع عدم کونها قابله للمعاوضه أو اشتری خنفساء بقیمه أو عقربا بقیمه کذا، لاجل المداوی و نحوها کما لا یخفی، و قد تقدم فی أول البیع جواز کون الحقوق ثمنا فی المعامله بأن باع شیئا لیرفع المشتری یده من حقه الفلانی صحیح و الوجه فی ذلک کله هو ان البیع تبدیل بین الشیئین برفع الید عن أحدهما و جعل الأخر موردا للحق کما لا یخفی، فغایه الأمر یمنع ذلک عن التمسک بعمومات ما دلّ علی صحه البیع بالخصوص، و اما ما دلّ علی صحه مطلق العقود و التجاره عن تراض فلا، إذ لا شک فی صدق التجاره عن تراض، و العقد علی المعامله الجاریه علی ما لیس بمال لما عرفت فی بعض تنبهات المعاطاه أن فی العرف لا یصدق علیه البیع، بل الثمن و المثمن علی العوضین بل یصدق علیه مجرد المبادله و المعاوضه کتبدیل ثوب بثوب و عباء بعباء، و هکذا، و لا شبهه فی صحه ذلک ل أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و تِجارَهً عَنْ تَراضٍ، و السیره القطعیه کما هو واضح.

می گوید حاضرم فلان مقدار به تو بدهم تا از آن به نفع من رفع ید کنی یا تملیک من کنی و این بیع نیست، نظیر آن که کسی به دیگری که در مسجد نشسته پول بدهد تا از جایش برخیزد. پس اگر مالیت نداشته باشد بیع صادق نیست و اگر بیع گفته شود تسامح است.

بله، اگر تعداد قابل اعتنایی به آن دست خط رغبت داشته باشند، از آن جا که مالیت پیدا می کند بیع آن صحیح است؛ مثلاً اگر دست خط علامه ی حلّی یا علامه ی مجلسی یا شیخ بهایی قدس سرهم – و ... باشد که تعدادی به آن رغبت دارند بیع صحیح است.

ملاک مالیت اشیاء

از این جا می توانیم بگوییم که در مالیت اشیاء، صرف رغبت یک شخص کافی نیست، بلکه باید تعداد قابل اعتنایی به آن رغبت داشته باشند.

علاوه آن که آن شیء باید ندرت هم داشته باشد و صرف رغبت عقلاء کافی نیست. به عنوان مثال اکسیژن هوا مورد رغبت عقلاء است ولی چون وفور دارد و بدون زحمت قابل دسترسی است، کسی حاضر نیست در مقابل آن پول بپردازد. پس ملاک مالیت اشیاء آن است که تعداد قابل اعتنایی به آن رغبت داشته و ندرت هم داشته باشد.

اشکال پنجم (شمول تعریف بر تملیک ضمنی)

پنجمین اشکالی که محقق ایروانی قدس سره – بر تعریف شیخ قدس سره – وارد می کند این است(۱)

۱- حاشیه المکاسب (للإیروانی)، ج ۱، ص۷۴: و رابعا یشمل الإنشاء الصریح و الضّمنی مع أنّ مقصوده الإنشاء الصّریح کیلا یشمل القبول من المشتری و لا یشمل قبول مستأجر العین و لا یشمل الصّلح.

که تعریف مذکور شامل تملیک صریح و ضمنی هر دو می شود، در حالی که مراد شیخ از بیع به تصریح خودشان تملیک صریح است؛ نه تملیک ضمنی تا شامل تملیک از ناحیه مشتری، مستأجر و صلح نشود. بنابراین جناب شیخ باید دالّی در تعریفشان تعبیه کنند تا مرادشان را که فقط تملیک صریح است إفاده کند و این دال در تعریف ایشان وجود ندارد، لذا تعریف طارد اغیار نیست.

ولی آن گونه که ما تملیک صریح و ضمنی را تعریف کردیم که تملیک از ناحیه ی بایع تملیک فعلی است و تملیک از جانب مشتری تملیک انفعالی، می توان از این اشکال این طور پاسخ داد که تملیک، انصراف به تملیک فعلی و فعّال دارد؛ نه تملیک انفعالی که با یک تکلّفی بر آن تملیک اطلاق می شود.

اشکال ششم (ظهور تعلق باء به تملیک؛ نه عین)

اشاره

آخرین اشکال محقق ایروانی قدس سره - بر تعریف شیخ قدس سره - این است که(۱) در «إنشاء تملیک عین بمالٍ» باید «باء» در «بمالٍ» برای مقابله بین عین و مال باشد و در حقیقت «باء» باید یا متعلق به «عین» باشد یا متعلق به صفت مقدری مانند «مقابلٍ» برای عین که این چنین می شود: «إنشاء تملیک عینٍ مقابلٍ بالمال»، امّا ظاهر تعریف این است که «باء» متعلق به «تملیک» است؛ نه به «عین» یا صفت

۱- همان: و خامسا یلزم تعلّق الجار فی التعریف بالعین أو بصفه مقدّره لها حتی یکون تقدیر الکلام إنشاء تملیک عین مقابل بالمال مع أن ظاهره التعلّق بالتّملیک فإذا تعلّق بالتّملیک انطبق التعریف علی الهبه إذ کان العوض عوضا للفعل و هو التّملیک لا عوضا للعین المتعلّق به التملیک و الفارق بین البیع و الهبه عند المصنّف ره هو هذا و لیت شعری ما الّذی دعا المصنّف إلی العدول عن تعریف صاحب المصباح مع أنّ الظّاهر منه فی صدر الکلام ارتضاؤه بتغییر ما و هو تبدیل المال الأوّل بالعین فیکون التعریف مبادله عین بمال و هو أسلم و أبعد عن الإشکال من هذا التّعریف الّذی أحدثه و هو أزیف التّعاریف.

مقـدّری برای «عین»؛ یعنی مقابله بین تملیک و مال برقرار است؛ نه بین عین و مال، در حالی که این درست نیست و مقابله باید بین «عین» و «مال» باشد. پس از این جهت نیز تعریف شیخ قدس سره – ناتمام است.

نقد اشکال ششم

ظهور تعریف شیخ قدس سره – در این که «باء» متعلق به تملیک است؛ نه عین یا صفت مقدر برای عین، ظهور مناسبی بوده و شایسته و بلکه بایسته است این چنین باشد؛ زیرا مقـابله ی بین عین و مـال که معنا نـدارد و مراد این نیست که دو جامـد روبه روی هم و به محاذات هم قرار گیرند، کما این که مراد این نیست که بین حدث و عین مقابله شود؛ چون معنای مناسبی ندارد، بلکه مراد مقابله ی بین دو عمل و دو حدث است؛ یعنی تملیک عین در مقابل تملّک مال.

پس معنا نـدارد بگوییم که عین در مقابل مال است یا تملیک عین در مقابل مال. بلکه مقابله بین حـدثی بر روی عین در مقابل حدثی بر روی مال است و بدون فرض حدث برای طرفین، مقابله معنایی ندارد؛ یعنی تملیک عین است در مقابل تملّک مال.

بنـابراین این که محقق ایروانی فرمود مقـابله بین عین و مال است درست نیست، بلکه مقابله بین دو حـدث است، لـذا «باء» باید متعلق به «تملیـک» باشـد؛ چون خود «تملیـک» طرف مقـابله است؛ نه عین. البته طرف دیگر مقـابله نیز خود «مـال» نیست بلکه «تملّك مال» است که «تملّک» در تقدیر است؛ یعنی «تملیك عینٍ قبالَ تملّك مالٍ» که هر دو فعل بایع است و مشتری قبول می کند و این که «تملّک» در تعریف ذکر نشده به خاطر وضوح آن بوده است. احتمال ضعیف(۱) هم

۱- به خاطر این که تملیک و تملك از جانب مشتری به نحو انفعالی است.

دارد که بگوییم طرف دیگر مقابله به جای «تملّک مال» که فعل بایع است، «تملیک مال» باشد که فعل مشتری است.

البته آن چه ذکر شد منافات ندارد با این مطلب که مبیع و ثمن به اعتباری عوض و معوّض بوده و در قبال یکدیگرند.

اشکالات دیگر تعریف شیخ از محقق اصفهانی قدس سرهما – و برخی دیگر

اشاره

محقق اصفهانی قدس سره – و برخی دیگر، اشکالات دیگری بر تعریف «إنشاء تملیک عینٍ بمالٍ» وارد کرده اند که گرچه ما قبلًا از زاویه ی دیگری آن را مطرح کرده ایم، امّا مناسب است دوباره به آن اشاره کنیم.

اشکال اوّل (در بیع همیشه تملیک نیست)

در برخی موارد بیع صادق است بدون این که تملیکی رخ دهد. بنابراین تعریف شیخ قدس سره – از این جهت مخدوش است.

مثال۱: بنابر مبنای این که سهم سبیل الله از زکات ملک کسی نیست و حتی عنوان، مالک آن نمی شود و فقط باید صرف در سبیل الله شود، اگر حاکم شرع با پول زکویِ سهم سبیل الله، چیزی از بایع بخرد؛ مثلًا اسب و شمشیر برای جهاد بخرد، بیع صادق است بدون این که تملیکی از جانب بایع صورت گرفته باشد؛ زیرا هیچ کس مالک آن اسب و شمشیر نمی شود و فقط باید صرف در سبیل الله شود. پس بیع همیشه تملیک نیست.

مثال۲: کسی که وصیت می کند ثلث اموال مرا صرف خرید زمین برای احداث جاده ی عمومی کنید، وصیّ که طبق وصیت زمین را از صاحبش می خرد، بیع صادق است بدون این که تملیکی از جانب بایع (صاحب زمین) رخ دهد؛ زیرا کسی مالک آن زمین نمی شود؛ زیرا آن زمین برای جاده ی عمومی است و کسی مالک آن نمی شود.

مثال۳: کسی که وصیت می کند با پول من زمینی بخرید که عین زمین مسجد شود، با خرید زمین از جانب وصیّ، زمین مسجد می شود(۱). پس در این جا نیز بیع صادق است بدون این که تملیکی از جانب بایع رخ دهد؛ زیرا مسجد فکّ ملک است و کسی مالک آن نیست. فتأمّل.

مثال۴: کسی وصیت کند با پول من زمینی بخرید که فی سبیل الله باشد و تصریح کند ملک کسی نشود، در این جا نیز بیع صحیح است و واضح است که کسی مالک آن زمین نمی شود.

اصل این اشکال را که محقق اصفهانی قدس سره - و دیگران ذکر کرده اند به نظر ما نیز بر تعریف شیخ قدس سره - وارد است.

اشکال دوم (عدم لزوم عین بودن مبیع)

اشکال دیگری که بر تعریف «إنشاء تملیک عینٍ بمالٍ» وارد است آن است که معوّض لازم نیست عین باشد؛ زیرا همان طور که قبلاً بیان کردیم حقوق ثابته(۲) قابل فروش است در حالی که حق، عین نیست. علاوه آن که بایع حق، حق را تملیک نمی کند؛ چون حق مقابل ملک است و مشتری با اشتراء حق، ذو الحق می شود؛ نه مالک حق.

۱- احتیاج به صیغه هم ندارد، نهایت آن که باید یک نفر در آن نماز بخواند تا مسجد شود. • العروه الوثقی (للسید الیزدی)، ج ۱، ص۵۹۷: مسأله ۱۱: الأحوط إجراء صیغه الوقف بقصد القربه فی صیرورته مسجدا بأن یقول وقفته قربه إلی الله تعالی لکن الأقوی کفایه البناء بقصد کونه مسجدا مع صلاه شخص واحد فیه بإذن البانی فیجری علیه حینئذ حکم المسجدیه و إن لم تجر الصیغه.

۲- مقصود از حقوق ثابته یعنی حقوقی که عرفاً هویت استقلالی یافته و وابستگی آن به موضوعی مورد التفات قرار نگیرد.

نظر محقق اصفهانی قدس سره – در تعریف بیع و نقد آن

به خاطر این اشکالاتی که بر تعریف شیخ وارد است محقق اصفهانی قدس سره - تعریف دیگری از بیع ارائه داده و می فرماید(۱): «البیع هو جعلُ شیءٍ بإزاءِ شیءٍ»؛ بیع قرار دادن چیزی به إزاء چیز دیگر است.

اولین اشکالی که بر این تعریف بر ذهن تبادر می کند و بعضی مطرح کرده اند آن است که تعریف شامل قرار دادن چیزی به إزاء چیز دیگر تکویناً نیز می شود؛ مثلاً قرار دادن چیزی در مقابل آیینه جعلُ شیءٍ بإزاءِ شیءٍ است.

ولی این اشکال وارد نیست؛ زیرا از سبک و سیاق معلوم است که مراد از جعل، جعل انشائی است؛ نه جعل خارجی و تکوینی؛ چون در فقه و حقوق، خصوصاً بیع، معلوم است که جعل اعتباری مراد است. با این حال اگر کسی اصرار کند که شامل جعل تکوینی می شود، قید اعتباراً را به تعریف اضافه می کنیم «جعلُ شیءٍ بإزاءِ شیءٍ اعتباراً» کما این که ما نیز در تعریفی که ارائه خواهیم داد

۱- حاشیه کتاب المکاسب (للأصفهانی، ط - الحدیثه)، ج ۱، ص۶۶: و لا- یبعد أن یقال: إنّ البیع جعل شی ء بإزاء شی ء، فیختلف أثره بحسب الموارد، فأثره تاره ملکیه العوضین کما فی غالب افراده، و أخری انقطاع إضافه الجاعل عن المبیع، و حیث إنّه لا- یعقل دخوله فی ملک المشتری فینعتق کما فی البیع ممن ینعتق علیه، فإنّ الانعتاق لیس إلّا زوال ملکیه المالک عن العبد، و ثالثه ذلک الانقطاع مع کونه کلیا غیر قابل للدخول فی ملک المشتری، فهو عین سقوط ما فی الذمه کما فی بیع الدین ممن هو علیه، و رابعه قیام کل من العوضین مقام الآخر فیما له من التعلق و الإضافه بأحد أو بجهه، کالآلات المشتراه من غله العین الموقوفه، فتکون الآلات کالمسجد و القنطره متعلقه بتلک الجهه، و تکون الغله مملوکه لمالک الآلات، و کذا فی اشترائها من الزکاه. فأثر المعامله البیعیه هی الملکیه من الطرفین فی المورد القابل، و أمّا فی غیرها فاثرها إمّا الانعتاق أو السقوط أو الوقفیه، لصیروره المال بدلا عن الموقوف، و لیس المراد من جعل شی ء فی قبال شی ء إلّا فی قبال المجانیه کالهبه، فلا مانع من جعل المال بإزاء سقوط الحق بطور النتیجه، أو جعله بإزاء کون العوض لزید، و علی هذا الإطلاق یقال «باع فلان دینه بدنیا غیره»، و هذا المسلک و إن کان غیر معروف و لا مألوف إلّا أنّ المتّبع هو البرهان، و اللّه المستعان.

این قید را اضافه خواهیم کرد.

اشکال دیگری(۱) که بر این تعریف وارد است این است که چون «شیء» مفهوم وسیعی دارد، تعریف شامل بسیاری از عقود می شود مانند: اجاره که یک چیزی مانند منفعت خانه به إزاء مال الاجاره قرار می گیرد، یا جعاله که جعل جُعل است به إزاء عمل، یا طلاق خلع و مبارات که شوهر به إزاء دادن طلاق، چیزی دریافت می کند و ... .

این اشکال گرچه به نظر می آید وارد باشد، ولی به نوعی می توان بعض موارد نقض را دفع کرد و آن این که: مقصود محقق اصفهانی قدس سره - از جعل شیء بإزاء شیء این است که شیء به تمام هویتش در مقابل شیء دیگر قرار بگیرد، ولی در إجاره منفعت شیء در مقابل چیز دیگر است؛ نه تمام هویت شیء. بنابراین إجاره مشمول تعریف نمی شود.

إن قلت: ممکن است مال الإجاره عین باشد، پس تعریف بر آن صادق است.

قلت: همان طور که قبلاً بیان کردیم کار مستأجر قبول است؛ نه إیجاب، پس إجاره خارج از تعریف است.

۱- کتاب البیع (للإمام الخمینی)، ج ۱، ص۶۸: و أمّا تعریفه [المحقق الاصفهانی] بما ذکر فلا یوافق العرف و اللغه، و یرد علیه من النقض إلی ما شاء اللّه، کجعل شی ءٍ بإزاء شی ءٍ مکاناً، و کالجعاله، و الطلاق خلعاً و مباراهً، و الإجاره، و الهبه غیر المجّانیه، و الصلح، و کذلک جعل اللّه الثواب مقابل العمل. إلی غیر ذلک. و العجب منه حیث قال: هذا المسلک و إن کان غیر معروف و لا مألوف، إلّا أنّ المتّبع هو البرهان. و فیه: أنّ کون ما ذکر خلاف المعروف و المألوف لدی العقلاء جمیعاً، أقوی دلیل علی بطلانه؛ فإنّ البیع من المعانی العرفیّه الاعتباریّه، و لا سبیل للبرهان فیه إن کان مراده البرهان الاصطلاحی، و لو أراد أنّ معناه عرفاً ولدی العقلاء ذلک، فلا معنی لعدم معروفیّته و مألوفیّته، مع أنّ ما ذکر لیس معناه العرفی و العقلائی جزماً.

ولی به هر حال جعاله و طلاق خلع و مبارات تحت تعریف باقی می ماند. مضاف به این که با این توجیه گرچه اجاره از تحت تعریف خارج می شود، ولی تعریف بیع نیز ناقص می شود و شامل جایی که ثمن فعل باشد نمی شود.

اشکالی دیگری که بر این تعریف وارد است و قابل دفع نیست این که: تعریف شامل می شود جایی را که طرفین شبیه هم هستند و نمی توان یکی را مبیع و دیگری را ثمن محسوب کرد؛ چون هر دو، کالا بوده و هر دو طرف طالب تبادل هستند؛ مثلاً یکی نیاز به گردو دارد و دیگری نیاز به بادام و در شرائط مساوی یکی گردو می دهد و بادام می گیرد و دیگری بادام می دهد و گردو می گیرد. در چنین مواردی بیع صادق نیست؛ چون در بیع تفاوت بین بایع و مشتری لازم است، در حالی که این جا نمی توان یکی را بایع و دیگری را مشتری محسوب کرد. البته بعضی گفته اند در چنین مواردی هر دو بایعند و هر دو مشتری، ولی این درست نیست و عرفاً بر آن بیع اطلاق نمی شود، بلکه مبادله و معاوضه بر آن اطلاق می شود.

نظر مختار در تعریف بیع

اشاره

تعریفی که به نظر می آید با توضیحاتی که در ذیل ذکر می شود عاری از اشکالات مذکور باشد، این است که بگوییم: «البیع هو تبدیلُ مالٍ بمالٍ مّا اعتباراً».

ویژگی های تعریف مختار

۱. قید «اعتباراً» در تعریف، برای احتراز از تبدیل خارجی و تکوینی است تا نقض نشود که اگر کسی مال خودش را از وضعیتی به وضعیت دیگر که آن هم مال است تبدیل کرد تعریف شاملش می شود؛ زیرا مراد از تبدیل، تبدیل اعتباری است؛ نه تکوینی و خارجی؛ یعنی ممکن است بعد از این که بایع مثلاً إنشاء کرد

«بعتُ هـذا الکتاب بـذاکَ القلم» و مشتری گفت: «قبلتُ» هنوز در خارج تبـدیلی رخ نـداده باشد، ولی به مجرد خواندن صـیغه، تبـدیل در عالم اعتبار رخ داده و کتاب مال مشتری و قلم مال بایع می شود. بله از آثار این تبدیل اعتباری آن است که بایع می تواند مطالبه ی قلم از مشتری کرده و مشتری نیز مطالبه ی کتاب از بایع کند.

پس اضـافه کردن قیـد «اعتبـاراً» برای احتراز از تبـدیل خـارجی و تکوینی است و اگر کسـی بگویـد از آن جـا که مقـام، تعریف بیع و مباحث فقه و اصول است، از ابتـدا معلوم است که تبـدیل اعتباری مراد است و نیازی به این قیـد نـدارد، می تواند قید اعتباراً را از تعریف حذف کند.

۲. نکته ی این که معوّض را که در تعریف شیخ قدس سره - «عین» بود(۱) به «مـال» تغییر دادیم این است که معوّض نه لازم است عین باشـد و نه این که صـرف عین بودن کـافی است؛ زیرا آن چه در معوّض شـرط است مالیّت است؛ نه عین بودن، لـذا اگر چیزی مال باشد و عین نباشد می تواند معوّض واقع شود، کما این که اگر عین باشد ولی مال نباشد نمی تواند معوّض واقع شود.

۳. تعریف «تبـدیلُ مـالٍ بمـالٍ مّـا اعتبـاراً» شامـل اشتراء نمی شود؛ زیرا «تبـدیل» بیان گر فعل، هجمه و ایجاب است، ولی اشتراء چنان که قبلاً توضیح دادیم قبول، مطاوعه و انفعال است.

۴. تعریف شامـل اجاره نمی شود؛ زیرا در إجاره که «موجر» موجِب است مالش را به مال دیگر تبـدیل نمی کنـد، بلکه منفعت مـالش را به دیگری می دهـد. به عبـارت دیگر «مـال» ظهور در تمـام هویت مسـتقل دارد؛ یعنی تمام هویت مستقل مال به مال دیگر در بیع تبدیل می شود، ولی در اجاره چنین نیست، بلکه فقط

۱- یعنی «إنشاء تملیک عینٍ بمالٍ».

منافع مال، آن هم به نحو موقت تبـدیل می شود.(۱) بله اگر منفعت در نظر عرف، هویت مسـتقلی پیـدا کند می تواند به عنوان مثمن در بیع واقع شده و تبدیل شود.

۵. نتیجه ی تبـدیل نسـبت به موارد مختلف است، اگر مبیع ملک باشـد مشتری مالک آن می شود و اگر مبیع حق باشـد مشتری ذو الحق می شود، و اگر نه حق باشد و نه ملک، چه بسا علقه ی دیگری حاصل شود و یا از طرف بایع فکّ ملک باشد.

۶. این تعریف شامل هبه، صـلح و قرض نمی شود؛ زیرا همان طور که مرحوم شیخ فرمودند هبه، تملیک یا اعطاء مجانی است، صلح، إنشاء سازش است و قرض، تملیک با جبران خسارت است و هیچ کدام تبدیل نیست تا تعریف بر آن صادق باشد.

۷. تعریـف شامـل معـاوضه ای که هر دو طرف، عرضه کننـده ی جنس و تقاضـا کننـده ی جنس هسـتند نمی شـود؛ چون آن، تبـدیل نیست بلکه تبادل است؛ زیرا هر دو فعال هسـتند و این طور نیست که یکی فعال و دیگری منفعل باشد، به خلاف تبدیل که یک طرف فعال و طرف دیگر منفعل است.

۸ . بنابر تعریف مختار، عمل حرّ با این که قبل از معاوضه به نظر ما مال نیست می تواند به عنوان ثمن واقع شود؛ زیرا اخذ «مالٍ ما» در تعریف برای بیان آن است

۱- إن قلت: به هر حـال می توان در اجـاره، منفعت را مثلاًـ منفعت منزل یـک هویت مسـتقل محسوب کرد، لـذا تعریف بر آن صـادق است؛ چون منـافعِ منزل که مـال است و هویت مسـتقل دارد و در مقابـل مـال قرار می گیرد، کما این که در روایت نیز اطلاـق «بیع سـکنای دار» شـده است. قلت: متعلق اجـاره با متعلق بیع متفاوت است. متعلق اجاره خودِ منزل است، ولی متعلق بیع منافع منزل است. لـذا در اجاره چون خود منزل تبـدیل نمی شود پس تعریف صادق نیست، به خلاف بیعِ منافع منزل که تبـدیل در آن صادق است. بنابراین می توان گفت هیـچ گاه تعریف بیع بر اجاره صادق نیست؛ زیرا در اجاره، مورد اجاره تبدیل نمی شود بلکه نهایت می توان گفت منافع تبدیل می شود که از لوازم اجاره است، نه این که خود إجاره تبدیل منفعت باشد. علاوه آن که اجاره زمان دار است، به خلاف بیع که در آن زمان وجود ندارد و تبدیل همیشگی است. (امیرخانی)

که ثمن به هر نحوی مال باشد هر چند به نفس بیع مالیت پیدا کند کفایت می کند، همچنین بیان می کند که ثمن لازم نیست به تمام هویتش به بایع تعلق گیرد؛ یعنی منافع نیز گرچه هویت مستقلی ندارد می تواند به عنوان ثمن واقع شود.

۹. شرطیت «تعقب به قبول» در تعریف مختار نهفته است؛ زیرا مراد از تبدیل، تبدیل اعتباری است و تعقب به قبول، مقوّم تبدیل اعتباری است و بدون آن معنا ندارد.(۱) پس لفظ «تبدیل» انصراف به تعقب آن به قبول دارد. با این حال اگر کسی اصرار کند که تعریف باید صریح باشد و انصراف کافی نیست، قید «بشرط قبولِ مَن یُبدَلُ المالُ بماله» یا «بشرط القبول» را به تعریف اضافه می کنیم؛ یعنی تبدیلُ مالٍ بمالٍ ما اعتباراً بشرط قبولِ مَن یُبدَلُ المالُ بماله یا بشرط القبول.

۱۰. تعریف «تبدیل مالٍ بمالٍ مّا اعتباراً» شامل جُعاله نمی شود؛ زیرا اوّلاً در بیع «إنشاء تبدیل» حقیقت آن است در حالی که در جعاله إنشاء تعهدی است در مقابل عملی و تبدیل جُعل به عمل یا عمل به جُعل نیست. ثانیاً تعریف ظهور در تنجیز دارد؛ نه تعلیق؛ یعنی به مجرد خواندن صیغه، تبدیل رخ می دهد و مبیع به جیب مشتری و ثمن به جیب بایع در می آید.

در جعاله هر چند در برخی موارد در نهایت تبدیل مالٍ بمالٍ است؛ مثلًا جاعلی که اعلام می کند «کسی که دابّه ی ضالّه ی مرا پیدا کند صد هزار تومان به او می دهم» در واقع صد هزار تومان را تبدیل به عوض یعنی پیدا کردن دابه می کند، ولی این تبدیل در جعاله إنشاء نمی شود؛ یعنی آن چه در جُعاله إنشاء می شود تبدیل نیست و تبدیل از لوازم آن است. علاوه آن که تبدیل به نحو تعلیق است؛ نه تنجیز،

۱- در تعریف شیخ نیز گفتیم «تعقب به قبول» در آن نهفته است؛ زیرا تملیک اعتباری بدون قبول عرفاً معنا ندارد. گرچه خود شیخ قبول ندارد که قبول شرط تحقق و صحت بیع است.

و در اصل، صیغه ی آن چنین است: «من ردّ دابّتی فله کذا» یعنی بعد از پیدا شدن دابّه تبدیل رخ می دهد. به همین خاطر بعضی جُعاله را در زمره ی إیقاعات شمرده اند؛ نه عقود؛ زیرا درخواستی که جاعل می کند نیازی به قبول ندارد و هر کسی که عمل را انجام دهد بعد از عمل، طلب کار جاعل می شود.

بررسی معانی دیگر «بیع» توسط شیخ قدس سره –

اشاره

جناب شیخ – رحمه الله علیه – می فرماید: «یظهر من بعض من قارب عصرنا(۱) استعماله فی معانٍ

۱– تستری، اسد الله کاظمی (۱۲۳۷ ه.ق)، مقابس الأنوار و نفائس الأسرار، ص۱۰۷: انّ للفظ البیع اطلاقات: احدها ان یستعمل مصدرا لِباعَ بمعنی اوجد البیع و هو بهذا المعنی عباره عن الفعل الصّادر من احد المتعاملین خاصه مباشره او تولیدا و لما کان من الاضداد صحّ اطلاقه علی کل من فعلیهما و ان اشتهر فی مالک المبیع بحیث لا یکاد یتبادر عند الاطلاق الا فعله و یشترط فی کلا الاطلاقین انضمام الفعلین و اجتماعهما فی الوجود فلا یقال لمن اوجب البیع بقوله بعت انه باع الا بعد ان ینضم قول الاخر و قبوله و مثله الاخر بل الحکم فیه اظهر و لا وجه لحصر هذا الاطلاق الا اعتبار الضّمیمه فی اصل الوضع کما هو الشان فیما هو من مقوله الفعل و الانفعال و التاثیر و المطاوعه فانه لا یطلق اللفظ الدّال علی احدهما الا بعد حصول الاخر کالکسر و الانکسار و نحو ذلک و اما قولهم کسرته فلم ینکسر فجاز کما انهم یقولون کسرته فانکسر دفعا للتجوّز و لذلک یقتصر کثیرا علی الاول و لا یختل المعنی اصلا و کذلک الحال فیما نحن فیه و ان افترق عما ذکرنا من حیث انّ الصّادر من کل من المتعاملین لفظ دال علی الرّضا کالآخر و من مجموعهما قد وجد الاثر. ثانیها ما یقصده البائع بقوله بعت فی العقد و هو النقل الاعتباری الانشائی الکاشف عن الرضا التنجیزی و هذا المعنی صحیح بحسب القصد حیث وقع عن قصد سواء ترتب علیه القبول أم لا فیکون لاغیا حینئذ من جهه الاثر کالفعل الغیر المتبوع بانفعال المحل و هذا نظیر ما یقصده المشتری بقوله اشتری او اشتریت مقدما او مؤخرا و کل منهما جزء السّبب الناقل. ثالثها الاثر المترتب علی تحقق جزئی العقد معا و هو النقل العرفی مطلقا و الشرعی مع صحه العقد و یعبر عنه بالانتقال أیضا و یختلفان بالاعتبار. رابعها نفس العقد المرکب من الایجاب و القبول و هذا هو الشائع المعروف بین الفقهاء فی سایر الفاظ العقود ممّا کان منها مصدرا بصیغه الفعال و المفاعله او بمعناه کالقراض و المضاربه و المزارعه و المساقات و المسابقه و المباراه و المکاتبه و الشرکه و الصّلح. • همان، ص۲۷۵: و التحقیق ان هنا معان عدیده: الاوّل ما قصده البائع بقوله بعت فی العقد و هو النقل الاعتباری و الانشائی الکاشف عن الرّضا التنجیزی و هذا المعنی صحیح بحسب القصد [العقد] حیث وقع عن قصد سواء ترتب علیه القبول أم لا فیکون لاغیا حینئذ من جهه الاثر کالفعل الغیر المتبوع بانفعال المحل و هذا نظیر ما یقصده المشتری بقول اشتری او اشتریت هذه او مؤخرا و کل منهما جزء السّبب الناقل فاذا تحققا ترتب الاثر. و هذا النقل العرفی مطلقا و الشرعی مع صحه العقد و یعبر عنه بانتقال أیضا و یختلفان بالاعتبار و هذا هو المعنی الثانی الّذی اخذه بعضهم فی الحد و فاعله المتعاقدان معا لمباشرتهما السّبب. و الثالث ما یقصد بقوله بعت فی الاخبار و هو الایجاب اللفظی او اثره او ما تعمه و الفعلی بشرط ان یتعقبه القبول کذلک فلا یصح ممن صدر منه الایجاب خاصّه لانتفاء شرط صدقه و ان لم یکن من فعله و ربّما یصح له ان یقول بعته فلم یقبل کما یقال کسرته فلم ینکسر فیکون بمعنی نفس

الایجاب المطلق و نظیر هـذا المعنی قول المشتری فی الاخبار اشتریت. و الرابع نفس العقـد المرکب من الایجاب و القبول و هذا هو الشائع عندهم فی نفس الالفاظ المذکوره ممّا کان مصدرا او غیره دون مشـتقاتها و فاعله المتعاقدان معا علی وجه المباشره و کثیرا ما یتسامحون فی بعض الالفاظ فیقولون انّه مستعمل فی العقد مع انّه مستعمل فی جزئه و هو المعنی الثالث.

أُخر غير ما ذكر»؛ از کلمات بعضـی از مقاربین عصر ما ظاهر می شود که بیع در معانی دیگری غیر از «إنشاء تملیک عینٍ بمالٍ» نیز استعمال می شود، از جمله:

۱. «إنشاء تملیک عینٍ بمالٍ بشرط تعقّبه بتملّک المشتری» یا «بشرط القبول»

اشاره

این که مرحوم شیخ اضافه شدن قید «بشرط تعقبه بتملّک المشتری»(۱) را معنای

۱- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص۱۶: و یظهر من بعض من قارب عصرنا استعماله فی معانٍ أُخر غیر ما ذکر: أحدها: التملیک المذکور، لکن بشرط تعقّبه بتملّک المشتری، و إلیه نظر بعض مشایخنا، حیث أخذ قید التعقّب بالقبول فی تعریف البیع المصطلح؛ و لعلّه لتبادر التملیک المقرون بالقبول من اللفظ، بل و صحّه السلب عن المجرّد؛ و لهذا لا یقال: «باع فلان ماله»، إلّا بعد أن یکون قد اشتراه غیره، و یستفاد من قول القائل: «بعت مالی»، أنّه اشتراه غیره، لا أنّه أوجب البیع فقط.

دیگری برای بیع قلمداد می کنند گرچه در نهایت آن را نمی پذیرند معلوم می شود نظرشان در تعریف بیع به «إنشاء تملیک عینٍ بمالٍ» این بوده که قبول مشتری در صدق بیع لازم نیست.(۱)

اضافه شدن قید «بشرط تعقبه بتملّک المشتری» یا «بشرط القبول» از طرف بعض مقاربین عصر مرحوم شیخ به خاطر «تبادر» است؛ یعنی متبادر از لفظ بیع وقتی که گفته می شود «فلانٌ باعَ دارَه» یا «باعَ کتابَه» و ... این است که مبیع از ملک بایع خارج شده و به ملک مشتری در آمده و در عوض، بایع نیز چیزی دریافت کرده است و این در صورتی اتفاق می افتد که مشتری قبول کرده باشد و اگر مشتری قبول نکند هیچ یک از این ها اتفاق نمی افتد. بنابراین حداقل یکی از معانی بیع «إنشاء تملیک عینٍ بمالٍ بشرط القبول» است.

مخالفت شیخ قدس سره – با اشتراط قبول در تحقق بیع مصطلح

شیخ قدس سره – می فرماید(۲): بیع به معنای ایجاب متعقب به قبول، معنایی در قبال

۱- به همین خاطر گفتیم اشکال محقق ایروانی قدس سره – که تعریف «إنشاء تملک عین بمالٍ» مانع اغیار نبوده و شامل ایجاب غیر متعقب به قبول هم می شود، طبق مبنای شیخ وارد نیست؛ چون ایشان ایجاب غیر متعقب به قبول را بیع می دانند.

۲- المکاسب المحرمه (ط – الحدیثه)، ج ۳، ص۱۶: أقول: أمّا البیع بمعنی الإیجاب المتعقّب للقبول، فالظاهر أنّه لیس مقابلًا للأوّل، و إنّما هو فردٌ انصرف إلیه اللفظ فی مقام قیام القرینه علی إراده الإیجاب المثمر؛ إذ لا ثمره فی الإیجاب المجرّد، فقول المخبر: «بعت»، إنّما أراد الإیجاب المقیّد، فالقید مستفاد من الخارج، لا أنّ البیع مستعمل فی الإیجاب المتعقّب للقبول، و کذلک لفظ «النقل» و «الإبدال» و «التملیک» و شبهها، مع أنّه لم یقل أحد بأنّ تعقّب القبول له دخل فی معناها. نعم، تحقّق القبول شرط للانتقال فی الخارج، لا فی نظر الناقل؛ إذ لا ینفکّ التأثیر عن الأثر، فالبیع و ما یساویه معنیً من قبیل الإیجاب و الوجوب، لا الکسر و الانکسار کما تخیّله بعض فتأمّل. و منه یظهر ضعف أخذ القید المذکور فی معنی البیع المصطلح، فضلًا عن أن یجعل أحد معانیه.

«إنشاء تملیک عینٍ بمالٍ» نیست، بلکه مندرج در آن بوده و فرد خاصی از آن عام را نشان می دهد که در مقام قیام قرینه بر این که ایجابِ مُثمِر مراد است، لفظ انصراف به ایجاب متعقب به قبول دارد؛ چون هیچ اثری بر ایجاب ساده و مجرد از قبول مترتب نیست. پس اگر قرینه ی عامی بر اراده ی ایجاب مثمر باشد، لفظ انصراف به ایجاب متعقب به قبول دارد و إلا حاقّ معنای بیع، مشتمل بر قبول حتی به نحو شرط متأخر نیست؛ چون بیع دارای معنایی مانند نقل، إبدال، تملیک و شبه آن است و همان طور که در حاقّ معنای نقل، إبدال و تملیک، قبول نهفته نیست، در معنای بیع هم قبول نهفته نیست.

شیخ - رحمه الله علیه - سپس می فرماید: بله! قبول، شرط در تحقق انتقال در خارج است؛ ولی در نظر ناقل شرط نیست؛ چون اثر قابل انفکاک از تأثیر نیست(۱). پس بیع از آن جهت که قبول در نظر ناقل شرط تحقق انتقال نیست ولی در خارج که قاعدتاً مرادشان نزد عقلاء است شرط تحقق انتقال است، شبیه «ایجاب و وجوب» است؛ نه «کسر و انکسار»؛ زیرا «ایجاب» و «وجوب» همیشه در نظر موجِب ملازم یکدیگرند ولی در خارج ملازم یکدیگر نیستند و چه بسا ایجاب محقق شود بدون آن که وجوب در خارج محقق شود؛ مانند امر دانی به عالی که ایجاب و وجوب در نظر آمِر است، ولی وجوب در خارج نیست. به خلاف «کسر» و «انکسار» که هر جا کسر صادق باشد حتماً انکسار هم صادق است و کسر بدون انکسار معنا ندارد.

۱- عدم انفکاک تأثیر از أثر همان گونه که نزد ناقل ممکن نیست، در خارج نیز ممکن نیست. پس چطور شیخ قدس سره - می فرماید بیع در خارج محقق شده ولی انتقال محقق نشده است؟! و اگر در جواب گفته شود عقلاء آن را ایجاب می دانند ولی نه ایجاب مُثمر، می گوییم ناقل نیز می تواند بین ایجاب مُثمر و غیر مُثمر تفکیک کند، پس چرا فرمودید نزد ناقل، انتقال قابل انفکاک از نقل نبوده و قبول شرط تحقق انتقال نیست؟! (امیرخانی)

ملاحظاتی بر کلام شیخ قدس سره –

۱. این که شیخ فرمودند قبول در حاقّ معنای بیع نهفته نیست، درست نیست؛ زیرا تبادر مستند به حاقّ لغت «بیع» آن است که بیع، در صورتی بیع است که همراه قبول باشد و بیعی که همراه قبول نباشد فاقد معنا بوده و سلب لفظ بیع از آن صحیح می باشد؛ مثلاً جمله ی «فلانٌ باع داره و لم یقبله مشترٍ» نزد عرف متناقض بوده و جمله ای غلط محسوب می شود. یا کسی که می گوید ماشینم را فروختم، اگر در مقابل این سؤال که «پس چرا تصرف مالکانه در آن می کنی؟» پاسخ دهد که من فروختم امّا کسی قبول نکرد! مورد مضحکه قرار می گیرد و مانند آن است که کسی بگوید دختر پادشاه را به نکاح خود در آوردم و همه چیز تمام شد، فقط مانده وی قبول کند!

پس متبادر از حاقّ لغت بیع آن است که همراه قبول باشد و لفظ بیع در ایجاب بدون قبول، صحت سلب دارد. بنابراین اگر در آن استعمال شود به نحو مجاز است؛ چون صحت سلب از علائم مجاز است.

۲. این که شیخ قدس سره – فرمودند وِزان بیع نسبت به انتقال وزانِ ایجاب و وجوب است؛ چون ممکن است ایجاب نزد عرف محقق شود ولی وجوب در خارج محقق نشود مانند ایجاب دانی به عالی می گوییم: همان طور که در امر دانی به عالی، وجوب عرفاً صادق نیست، ایجاب نیز صادق نیست و ایجاب همانند وجوب، مربوط به فضایی است که آمِر به نوعی حاکم و مأمور به نوعی محکوم باشد.

پس ایجاب در هر مرتبه ای صادق باشد وجوب هم در همان مرتبه صادق است. لذا اگر اصرار کنید که ایجاب از دانی عرفاً صادق است، می گوییم پس وجوب نیز در همان مرتبه عرفاً صادق است. و اگر بگویید وجوب عرفاً صادق نیست، می گوییم ایجاب نیز لاجرم صادق نیست؛ چون ایجاب و وجوب، مانند

ایجاد و وجود، یک حقیقت است، اعتبارا ً متفاوت است؛ یعنی ایجاب و وجوب حقیقت واحدی است که فقط فرقشان این است که در «ایجاب» حیثیت صدور آن از موجِب لحاظ شده، ولی در «وجوب» لحاظ نشده است. بله می توان گفت: ایجاب در نظر آمِر موجود و وجوب در نظر عرف غیر موجود است، هر چند وجوب در نظر آمر موجود است.

به هر حال «نقل و انتقال» در بیع و «ایجاب و وجوب» در أمر را باید در یک رتبه سنجید؛ یعنی هر دو را باید در نظر ناقل و آمر سنجید یا در نظر عرف و عقلاء. این که یکی در نظر ناقل و آمر، و دیگری در نظر عرف و عقلاء قیاس شود و نتیجه گرفته شود «نقل و انتقال» و «ایجاب و وجوب» از هم قابل انفکاک است قیاس صحیحی نیست.

پس «نقل و انتقال» در بیع و «ایجاب و وجوب» و «کسر و انکسار» نظیر هم است؛ یعنی همان طور که کسر بدون انکسار معنا ندارد، ایجاب بدون وجوب و بیع بدون انتقال نیز معنا ندارد و در نظر عقلاء بیع آن جایی صادق است که ملکیت و انتقال در پی داشته باشد؛ یعنی همراه قبول باشد.

۳. این که شیخ قدس سره - لفظ بیع را به «نقل»، «إبدال» و «تملیک» تشبیه کرده و گفتند: همان طور که قبول در تحقق «نقل»، «إبدال» و «تملیک» شرط نیست، در تحقق «بیع» هم قبول شرط نیست، می گوییم: امّا دو لفظ نقل و إبدال، تفاوت آشکاری با لفظ بیع دارد؛ زیرا «نقل» در اصل برای نقل خارجی وضع شده مانند نقل سنگ از مکانی به مکان دیگر که احتیاج به قبول ندارد، همچنین «إبدال» برای عوض کردن خارجی وضع شده مانند إبدال لباسی به لباسی دیگر که احتیاج به قبول ندارد، لذا تشبیه بیع به نقل و إبدال که در اصل برای امری تکوینی وضع شده صحیح نمی باشد؛ زیرا بیع از ابتدا برای امر اعتباری وضع شده که نزد عقلاء بدون قبول معنایی ندارد.

و در مورد «تملیـک» می گوییم: در مواردی که طرف مقابل دارای اراده و اختیار نیسـت(۱)، تملیک نزد عقلاء بدون قبول آن شخص یـا شـیء که مالـک می شود محقق می شود و صـادق است و در مواردی که طرف مقابـل دارای اراده و اختیـار است، قبولِ وی شرط تحقق تملیک است.(۲) بنابراین در حاقّ معنای تملیک شرطیت قبول نهفته نیست.

ولی در فضای فقه، حقوق و امور اعتباریه در مواردی که طرف مقابل، قابلیت قبول دارد، عقلاء قبول را شـرط «تملیک» و حتّی شرط «إبـدال» و «نقل» اعتباری می داننـد، پس این الفاظ در چنین مواردی انصـراف به جایی دارد که همراه قبول باشـد. علاوه آن که اگر قبول شـرط تملیک، نقل و إبـدال اعتباری نباشد، دلیل بر آن نیست که در بیع نیز شـرط نباشد، و یکی از شواهد بر مطلب آن که این الفـاظ در صورت غفلت طرف مقابـل از قبول، می توانـد صـادق باشـد امّـا بیع بـا غفلت طرف مقابل از قبول صادق نمی باشد؛ یعنی نمی توان گفت: «بعتُه مع کونه غافلاً عن القبول».

۲. اثر حاصل از ایجاب و قبول (انتقال)

اشاره

دومین معنایی(۳) که جناب شـیخ – رحمه الله علیه – از قول بعض من قارب عصره برای بیع ذکر فرمودند این است که «بیع» در اثر حاصل از ایجاب و قبول که انتقال باشد

۱- یا اراده ی مملَّک در برابر اراده ی مملِّک بی ارزش باشد، مثل آن که شارع فوت را مملِّک قهری ورّاث قرار داده است.

۲- نیز می توان گفت لفـظ «تملیـک» و «نقـل» در اعم از تملیک و نقل مجانی و به عوض اسـتعمال می شود. بنابراین از آن جا که ممکن است در تملیک و نقل مجانی، قبول شرط تحقق آن نباشد، تملیک و نقل بدون قبول صادق باشد، به خلاف بیع که فقط در تملیک و نقل به عوض استعمال می شود و قبول شرط تحقق آن است. (امیرخانی)

۳- المکاسب المحرمه (ط – الحـدیثه)، ج ۳، ص۱۷: الثـانی: الأـثر الحاصل من الإیجاب و القبول، و هو الانتقال، کما یظهر من المبسوط و غیره.

استعمال می شود. استعمال بیع در این معنا از مبسوط(۱) شیخ طوسی قدس سره - و نیز غیر مبسوط(۲) نقل شده است.

طبق این معنا ایجاب و قبول محصِّل بیع است و «بیع» اثری است که از ایجاب و قبول پدید می آید و آن انتقال است؛ یعنی انتقال مبیع به مشتری و انتقال ثمن به بایع.

مخالفت شیخ قدس سره – با استعمال بیع در معنای «انتقال»

مرحوم شیخ می فرماید: استعمال بیع در اثر حاصل از ایجاب و قبول که همان انتقال باشد فلم یوجد فی اللغه و لا فی العرف(۳)؛ نه در لغت و نه در عرف، بیع به معنای «انتقال» استعمال نشده است، فقط در تعریف مبسوط واقع شده و عده ای نیز از مبسوط تبعیت کرده اند.

به همین خاطر بعضی(۴) تلاش کرده اند آن را توجیه کرده بگویند: مراد از بیعی

۱- المبسوط فی فقه الإمامیه، ج ۲، ص۷۶: البیع هو انتقال عین مملوکه من شخص إلی غیره بعوض مقدر علی وجه التراضی.

۲- السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ج ۲، ص ۲۴۰: البیع هو انتقال عین مملوکه، من شخص إلی غیره بعوض مقدر، علی وجه التراضی. • تحریر الأحکام الشرعیه علی مذهب الإمامیه (ط - الحدیثه)، ج ۲، ص۲۷۵: البیع انتقال عین مملوکه من شخص الی غیره بعوض معلوم علی وجه التراضی.

۳- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص۱۸: و أمّا البیع بمعنی الأثر و هو الانتقال، فلم یوجد فی اللغه و لا فی العرف، و إنّما وقع فی تعریف جماعه تبعاً للمبسوط. و قد یوجّه: بأنّ المراد بالبیع المحدود المصدر من المبنیّ للمفعول، أعنی: «المبیعیّه»، و هو تکلّف حسن.

۴- مقصود، سید مهدی طباطبایی قدس سره - (بحرّ العلوم) در مصابیح الاحکام است که ظاهراً این بخش از کتاب ایشان هنوز به چاپ نرسیده است، ولی شاگرد بزرگوار ایشان سید جواد عاملی قدس سره - در مفتاح الکرامه آن را منعکس کرده و صاحب جواهر قدس سره - نیز نقل کرده است: • مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه (ط - الحدیثه)، ج ۱۲، ص۴۷۷: قال [الاستاذ] أدام اللّه حراسته: و قد یردّ الانتقال و العقد إلی النقل إمّا بتقدیر مصحح فی الکلام أو بإطلاق اسم المسبّب أو السبب علی الآخر أو بحمل الانتقال و العقد علی البیع مبالغةً کما فی زید عدل و إنّما هی إقبال و إدبار. و یردّ بأنّ ذلک کلّه مجاز لا یرتکب فی الحدود إلّا أن یتّکل علی الظهور و یکتفی بمثله فی الحدّ کغیره و هو قریب و إن کان خلاف ما أطلقوه من المنع، و یختصّ المجاز العقلی بالامتناع، لأنّه فرع وجود النسبه و لا نسبه بین الحدّ و المحدود لا بالإسناد و لا بالتقیید. و الأولی بناء الحدود المختلفه للبیع علی إطلاقاته المختلفه فإنّه یطلق علی معناه المصدری الحقیقی و هو النقل و علی الأثر المترتّب علیه و هو الانتقال و علی السبب الناقل و هو العقد، فلا اختلاف بین الأقوال فی المعنی و لا تجوّز فی شیء من الحدود و إنّما التجوّز فی البیع المحدود بالانتقال و العقد، و لیس ذلک مجازاً فی الحدّ، لأنّ الحدّ هو المعرِّف دون المعرَّف. و أولی منه فی توجیه الانتقال جعله حدّاً لمصدر الفعل المجهول فیوافق تحدید المعلوم بالنقل و یسلم من التجوّز فی الحدّ و فی المحدود. • جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۲، ص۲۰۷: ... بل ربما قیل: ان التعریف بالانتقالی للبیع مصدرا للفعل المبنی للمجهول،

فیوافق حینئذ تعریفه بالنقل مصدرا للفعل المعلوم، و یسلم من التجوز فی الحد المحدود و إن کان فیه ما فیه، و الأمر فی ذلک کله سهل بعد ما عرفت. همان طور که ملاحظه می فرمایید مراد سید بحرّ العلوم قدس سره - از بیعی که به انتقال تعریف شده، مصدر فعل مبنی للمجهول است؛ نه مصدر از اسم مفعول؛ یعنی مصدر فعل مجهول «بِیعَ» است که به معنای «فروخته شدن» می باشد، در مقابل مصدر فعل مبنی للمعلوم «بَاعَ» که به معنای «فروختن» باشد. اگر مراد شیخ قدس سره - از «مبیعیت» فروخته شدن و مرادشان از مصدر از مبنی للمفعول همان مصدر فعل مبنی للمجهول باشد با مراد سید بحرّ العلوم قدس سره - یکی است، ولی اگر مرادشان مصدر از اسم مفعول باشد متفاوت است. علاوه آن که در این صورت تکلّفی است که با انتقال هم سازگاری ندارد؛ نه این که تکلف حسن باشد؛ چون طبق این معنا باید بگوییم مصدر ثلاثی مجرد به معنای مصدر جعلی از اسم مفعول خود به کار رفته در حالی که آن چه در ادبیات معروف است این است که مصدر به معنای اسم مفعول استعمال شود؛ نه در مصدر جعلی از اسم مفعول آن گاه این مصدر جعلی از اسم مفعول یعنی «مبیعیت» به معنای انتقال استعمال شده است! گرچه از بعضی کلمات استفاده می شود مصدر از فعل مجهول یا همان مصدر مبنی للمفعول که بر وزن همان مصدر مبنی للمعلوم باشد اختلافی است و بعضی چنین مصدری را انکار کرده اند، ولی بعضی نیز آن را پذیرفته و حتی ظاهر بعض مصادر آیات شریفه را بر مبنی بر مجهول حمل کرده اند: و من ذلک قوله تعالی: (یُحِبُّونَهُمْ کَحُبِّ اللهِ)، (کَذَٰلِکَ جَزَاءُ الْکَافِرِینَ)، (الَّذِینَ یَنْقُضُونَ عَهْدَ اللهِ مِنْ بَعْدِ مِیثَاقِهِ) و (هَٰذَا ذِکْرُ مَنْ مَعِیَ وَذِکْرُ مَنْ قَبْلِی) و (وَأَوْحَیْنَا إِلَیْهِمْ فِعْلَ الْخَیْرَاتِ وَإِقَامَ الصَّلَاةِ وَإِیتَاءَ الزَّکَاةِ)، و (یَوْمَ نَطْوِی السَّمَاءَ کَطَیِّ السِّجِلِّ لِلْکُتُبِ) و (وَ هُمْ مِنْ بَعْدِ غَلَبِهِمْ سَیَغْلِبُونَ) و (فَأُولَٰئِکَ لَهُمْ جَزَاءُ الضِّعْفِ) و (لَأَنْتُمْ أَشَدُّ رَهْبَةً فِی صُدُورِهِمْ). • تفسیر جوامع الجامع، ج ۴، ص۲۷۱: ... «ثُمَّ لا یُنْصَرُونَ» بعد ذلک، أی: یهلکهم اللّه و لا ینفعهم نفاقهم لظهور کفرهم. «رَهْبَةً» مصدر رهب، المبنیّ للمفعول کأنّه قال: أشدّ مرهوبیّه. • همان، ج ۱، ص۹۵: «یُحِبُّونَهُمْ» یعظّمونهم و یخضعون لهم و یحبّون عبادتهم و الانقیاد لهم «کَحُبِّ اللَّهِ» أی کما یحبّ اللّه علی أنّه مصدر من الفعل المبنیّ للمفعول و استغنی عن ذکر من یحبّه لأنّه معلوم. • الکشاف عن حقائق غوامض التنزیل، ج ۴، ص۵۰۷: رَهْبَةً مصدر رهب المبنی للمفعول، کأنه قیل: أشد مرهوبیه. • حاشیه الصبان علی شرح الأشمونی لألفیه ابن مالک، ج۱، ص۹: قوله [تعالی] (و ما توفیقی إلا بالله) استقبح أهل اللسان نسبه الفعل إلی الفاعل بالباء لأنه یوهم الآله فلا یحسن ضربی بزید إذا کان زید ضاربا والحسن ضربی من زید. و فاعل التوفیق هو الله تعالی فالحسن وما توفیقی إلا من الله. وتوجیهه علی ما یستفاد من الکشاف فی تفسیر سوره هود أنه علی تقدیر مضاف وأن التوفیق مصدر المبنی للمجهول حیث قال أی وما کونی موفقا إلا بمعونته وتوفیقه أفاده ابن قاسم. * در آیه ی شریفه ی (وَ هُمْ مِنْ بَعْدِ غَلَبِهِمْ سَیَغْلِبُونَ) بعضی در مورد ضمیر «هم» در «غلبهم» گفته اند: غیر از ضمیر «هم» در ابتدای آیه ی شریفه بوده و مقصود «فارس» است؛ نه «روم» که در این صورت معنای آیه ی شریفه چنین می شود: «و آنان (روم) بعد از غلبه ی آن ها (فارس) غالب خواهند شد. بعضی نیز گفته اند ضمیر «هم» مفعول برای مصدر «غلب» می باشد؛ یعنی مصدر به مفعول خود اضافه شده و مراد همان «روم» است که در این صورت معنای آیه ی شریفه چنین می شود: «و آنان (روم) بعد از غلبه کردن [فارس] بر آنان (روم) غالب خواهند شد» ولی از همه فصیح تر و بلیغ تر آن است که بگوییم مصدر «غلب» مبنی للمفعول بوده و ضمیر «هم» نائب فاعل آن است و معنای آیه ی شریفه چنین است: «و آنان (روم) بعد از مغلوب شدنشان، غالب خواهند شد». • المیزان فی تفسیر القرآن، ج ۱۶، ص۱۵۵: قوله تعالی: «وَ هُمْ مِنْ بَعْدِ غَلَبِهِمْ سَیَغْلِبُونَ فِی بِضْعِ سِنِینَ» ضمیر الجمع الأول للروم و کذا الثالث و أما الثانی فقد قیل إنه للفرس و المعنی: و الروم من بعد غلبه الفرس سیغلبون، و یمکن أن یکون الغلب من المصدر المبنی للمفعول و الضمیر للروم کالضمیرین قبلها و بعدها فلا تختلف الضمائر و المعنی: و الروم من بعد مغلوبیتهم سیغلبون. • روح المعانی فی تفسیر القرآن العظیم، ج ۱۱، ص۱۹: وَ هُمْ أی الروم

مِنْ بَعْـدِ غَلَبِهِمْ أى غلب فـارس إيـاهم على أنه مصـدر مضاف إلى مفعوله أو إلى نائب فاعله إن كان مصـدر المجهول و رجحه بعضهم بموافقته للنظم الجليل. (اميرخانى)

که به معنای انتقال و اثر حاصل از ایجاب و قبول می باشد مصدر از فعل مبنی للمفعول است؛ یعنی «مبیعیت». به تعبیر دیگر مصدر «بِیعَ یُباعُ» را در نظر

می گیریم، لذا «بَیْع» در این جا همان معنای مصدر جعلی مأخوذ از اسم مفعول یعنی «مبیعیت» را افاده می کند.

«مبیعیت» که به معنای مبیع واقع شدن است، اثر بیع بوده و مرادف با «نقل داده شدن» و به اعتباری «انتقال» می باشد، لذا بیع اگر مصدر از مبنی للمفعول باشد، به معنای اثر بیع(۱) یعنی «انتقال» است. پس یکی از معانی بیع، «انتقال» می باشد. کما این که اگر «ضَرْب» و «ظُلْم» مصدر از مبنی للمفعول و مرادف با «مضروبیت» و «مظلومیت» باشد، به معنای اثر ضرب و ظلم، یعنی «مضروب شدن» و «مورد ظلم واقع شدن» خواهد بود.

شیخ قدس سره - این توجیه را که بیع مصدر از مبنی للمفعول بوده و به معنای انتقال باشد «تکلّف» می دانند، ولی می فرمایند تکلّفی حسن است.

نقد کلام شیخ قدس سره -

همان طور که قبلاً بیان کردیم گرچه بیع دقیقاً مرادف با نقل نیست؛ چراکه ما بیع را به «تبدیل» معنا کردیم، ولی هر بیعی همراه «نقل اعتباری» است؛ یعنی هر جا بیع صادق باشد، نقل نیز صادق است و هر بیعی مصداقی از مصادیق نقل اعتباری است. البته بیع در نظر هر که صادق و صحیح باشد نقل نیز در نظر همان صادق و محقّق است. لذا اگر بیع فقط در نظر بایع و ناقل صحیح باشد نقل نیز فقط در نظر آن دو صادق است و اگر بیع علاوه بر بایع و ناقل، در میان عرف و عقلاء نیز صحیح باشد نقل نیز، هم در نظر ناقل و هم در نظر عرف محقق است

۱- یعنی بیعی که مصدر از مبنی للمفعول و به معنای انتقال است، اثر بیع به معنای «إنشاء تملیک عین بمال» است، هر چند خود شیخ فرمودند اثر «ایجاب و قبول» است، ولی این درست نیست؛ زیرا طبق مبنای شیخ هم که تعقب به قبول شرط در تحقق «إنشاء تملیک عین بمال» نیست، به صرف ایجاب هر چند متعقب به قبول نباشد که نزد ناقل، بیع صادق است، نقل نیز در نظر وی صادق است. (امیرخانی)

و اگر علاوه بر آن، در نظر شرع هم صحیح باشد، نقل نیز علاوه بر نظر بایع و عرف، در نظر شرع نیز محقق است.

از طرف دیگر هر جا «نقل» صادق باشد «انتقال» هم صادق است؛ چون «انتقال» همان «نقل» است صرف نظر از حیثیت صدوری آن.

بنابراین این که جناب شیخ قدس سره - از معنای دوم بیع یعنی اثر و انتقال تحاشی کرده و آن را امری غریب پنداشتند درست نیست؛ چون هر جا بیع صادق باشد انتقال هم صادق است.

امّا این که ایشان بیع به معنای مصدر از مبنی للمفعول «مبیعیّت» را تکلّف دانستند، می گوییم بالدّقه اگر نگاه کنیم بیع به معنای مصدر از مبنی للمفعول «مبیعیّت» چیزی غیر از بیع به معنای مصدری نیست؛ زیرا مصدر مأخوذ از مبنی للمفعول با مصدر مأخوذ از مبنی للفاعل ذاتاً یکی است ولی اعتباراً متفاوت است. پس «مبیعیت» همان «بیع» و «مضروبیت» همان «ضرب» و «مظلومیت» همان «ظلم» است، ولی اعتباراً تفاوت دارند؛ یعنی در «بیع»، «ضرب» و «ظلم» حیثیت صدور از فاعل در نظر گرفته شده، ولی در «مبیعیت»، «مضروبیت» و «مظلومیت» این حیث در نظر گرفته نشده، بلکه از این حیث که «قابل» آن را دریافت کرده در نظر گرفته شده است و این تفاوت، تفاوتی نیست که یکی را اثر و دیگری را مؤثر قرار دهد، لذا نمی توان گفت مضروبیت اثر ضرب، مظلومیت اثر ظلم و مبیعیت اثر بیع است، بلکه مضروبیت عین ضرب، مظلومیت عین ظلم و مبیعیت عین بیع است. بله به نحو تسامحی می توان گفت اثرِ آن است، چنان که در تفاوت بین مصدر و اسم مصدر، اسم مصدر را حاصل و اثر مصدر می دانند در حالی که حقیقتاً این طور نیست و مصدر و اسم مصدر ذاتاً یکی هستند، فقط اعتبارشان متفاوت است.

پس این که بیع به معنای انتقال باشد آن قدرها غرابت ندارد.

۳. عقد مرکّب از ایجاب و قبول

سومین معنایی که جناب شیخ قدس سره - از بعض من قارب عصره نقل می کنند آن است که لفظ «بیع» در نفسِ عقدِ مرکّب از ایجاب و قبول استعمال می شود.(۱)

تفاوت معنای سوم با معنای اوّل و دوم آن است که در معنای اوّل، «بیع» در «ایجاب» استعمال شده ولی قبول شرط آن است و در معنای دوم در «انتقال» که اثر و حاصلِ ایجاب و قبول می باشد استعمال شده، امّا در معنای سوم، «بیع» در «عقد مرکّب از ایجاب و قبول» که ایجاب و قبول دو جزء مفهوم می باشد استعمال شده است.

هر کسی که بیع را به «عقد» تعریف کرده، این معنای سوم مرادش بوده است. بلکه ظاهر این است در عناوین ابواب معاملات، مانند: کتاب البیع، کتاب المساقاه، کتاب المضاربه و ... اتفاق وجود دارد که معنای سوم اراده شده و حتی «إجاره» که در اصل، اسم برای یکی از دو طرف عقد نیست بلکه به معنای أجرت است مقصود از آن در کتاب الإجاره، عقد مرکّب از ایجاب و قبول است.(۲) کما این که در

۱- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص۱۷: الثالث: نفس العقد المرکّب من الإیجاب و القبول، و إلیه ینظر من عرّف البیع بالعقد. قال: بل الظاهر اتّفاقهم علی إراده هذا المعنی فی عناوین أبواب المعاملات، حتی الإجاره و شبهها التی لیست هی فی الأصل اسماً لأحد طرفی العقد.

۲- یعنی با این که مناسبت استعمال إجاره در عقد از مناسبت استعمال بیع در عقد کمتر است زیرا «بیع» در اصل، اسم برای ایجاب که جزء عقد است می باشد، ولی إجاره در اصل، اسم برای اجرت می باشد که مناسبت آن با عقد کمتر است با این حال مراد از آن در کتاب الاجاره عقد است. • حاشیه المکاسب (للیزدی)، ج ۱، ص۶۲: الظاهر أنّ وجه عدم کون الإجاره اسما لأحد طرفی العقد أنّها بمعنی الأجره و لیس مصدرا أو أنّها مصدر لأجر من الثلاثی لا لآجر فإنّ مصدره الإیجار فکان المناسب أن یعبر بالإیجار و مثلها الوکاله فإن المناسب التّعبیر بعنوان الباب بالتوکیل و کذا السّبق و الرّمایه فإنّ المناسب المسابقه و المراماه و وجه إخفائیّه کون المراد من هذه المذکورات العقد المستفاده من التّعبیر بحتّی أنّ استعمال ما کان فی الأصل اسما لأحد الطرفین کالبیع و نحوه فی المجموع أقرب و أسهل من استعمال ما لیس کذلک فی هذا المجموع إذ علی الأوّل یکون من قبیل استعمال اللّفظ الموضوع للجزء فی الکلّ بخلافه علی الثّانی فإنّه استعمال فی المبائن و إن کان علی التّقدیرین مباینا من وجه و ذلک لأنّ الموضوع له علی الأوّل أیضا أثر الجزء و مدلوله لا نفسه کما هو واضح إذ المفروض أنّ المعنی الحقیقی هو النّقل الحاصل بالإیجاب لا نفسه.

شبه إجاره، مانند وكالت نيز كه در اصل، اسم براى يكى از دو طرف عقد نيست، مراد از وكالت در كتاب الوكاله، عقد مركّب از ايجاب و قبول مى باشد.

مجازيت استعمال بيع در «عقد» در نظر شيخ – رحمه الله عليه –

مرحوم شيخ(۱) قدس سره – بررسى معناى سوم را با نقل عبارتى از شهيد ثانى(۲) قدس سره – مبنى بر

۱- المكاسب المحرمه (ط – الحديثه)، ج ۳، ص۱۸: و أمّا البيع بمعنى العقد، فقد صرّح الشهيد الثانى رحمه اللّه: بأنّ إطلاقه عليه مجاز؛ لعلاقه السببيه. و الظاهر أنّ المسبّب هو الأثر الحاصل فى نظر الشارع؛ لأنّه المسبّب عن العقد، لا النقل الحاصل من فعل الموجِب؛ لما عرفت من أنّه حاصل بنفس إنشاء الموجِب من دون توقّف على شى ءٍ، كحصول وجوب الضرب فى نظر الآمر بمجرّد الأمر و إن لم يَصر واجباً فى الخارج فى نظر غيره. و إلى هذا نظر جميع ما ورد فى النصوص و الفتاوى من قولهم: «لزم البيع»، أو «وجب»، أو «لا بيع بينهما»، أو «أقاله فى البيع» و نحو ذلك. و الحاصل: أنّ البيع الذى يجعلونه من العقود يراد به النقل بمعنى اسم المصدر مع اعتبار تحقّقه فى نظر الشارع، المتوقّف على تحقّق الإيجاب و القبول، فإضافه العقد إلى البيع بهذا المعنى ليست بيانيّه؛ و لذا يقال: «انعقد البيع»، و «لا ينعقد البيع».

۲- مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، ج ۳، ص۱۴۴: اختلفت عبارات الأصحاب فى حقيقه البيع، فجعله جماعه- منهم المصنف فى النافع و الشهيد (رحمه اللّه)- نفس الإيجاب و القبول الناقلين لملك الأعيان و احتجّوا عليه بأنّ ذلك هو المتبادر عرفا من معنى البيع فيكون حقيقه فيه. و ذهب آخرون إلى أنّه أثر العقد، و هو انتقال العين. إلخ. و ردّه الشهيد (رحمه اللّه) فى بعض تحقيقاته إلى الأول، نظرا إلى أنّ الصيغه المخصوصه سبب فى الانتقال، فأطلق اسم المسبب على السبب، و عرّف المغيّى بالغايه. و فيه نظر لأنّ الإطلاق المذكور مجازىّ، يجب الاحتراز عنه فى التعريفات الكاشفه للماهيّه، إلّا مع قيام قرينه واضحه، و هو منتف. و أمّا التعريف بالغايه بهذا المعنى فغير جائز، لأنّ حملها على المغيّى حمل المواطاه- أعنى حمل هو هو- و الغايه مما لا يصح حملها عليه كذلك. و إنّما تدخل الغايه فى التعريفات على معنى أخذ لفظ يمكن حمله على المعرّف، يشير إلى الغايه و غيرها من العلل التى لا يصح حملها عليه حمل المواطاه و هو هنا منتف.

مجازی بودن این استعمال به علاقه ی سببیّت و مسبّبیت دنبال می کنند و در توضیح آن می فرمایند مراد از مسبّب در این جا إنشاء تملیک عینٍ بمالٍ نیست که شیخ قبلاً آن را معنای حقیقی بیع دانست و حتی شرطیت قبول را در آن منتفی دانست، بلکه مقصود از مسبّب، اثر حاصل نزد شارع است. نص عبارت شیخ چنین است:

«و الظاهر أنّ المسبّب هو الأثر الحاصل فی نظر الشارع؛ لأنّه المسبّب عن العقد، لا النقل الحاصل من فعل الموجِب؛ لما عرفت من أنّه حاصل بنفس إنشاء الموجِب من دون توقّف علی شی ءٍ، کحصول وجوب الضرب فی نظر الآمر بمجرّد الأمر و إن لم یَصر واجباً فی الخارج فی نظر غیره.»

یعنی اثر حاصل از عقد که همان «نقل»(۱) باشد مسبّب است و مقصود، نقل در دیدگاه شارع است که مشتری مالک مبیع و بایع مالک ثمن می شود؛ نه نقل حاصل از فعل موجِب (بایع)؛ زیرا از نظر بایع، نقل به صرف ایجاب و إنشاء بایع محقق می شود و متوقف بر چیزی نیست و نظیر تحقق وجوب است به صرف امر در نظر آمِر در حالی که چه بسا عرفاً محقق نشده باشد که توضیحش گذشت.

شیخ قدس سره - سپس می فرماید: هر جا در روایات یا کلمات علماء تعابیری مانند «لزم

۱- حاشیه المکاسب (للیزدی)، ج ۱، ص۶۴: أقول الفرق بینه و بین الانتقال أنّه انفعال بخلاف النّقل الّذی هو اسم المصدر فإنّه حاصل المصدر الّذی هو النّقل الحدثی و الحاصل أنّ اسم المصدر هو المصدر مع إلغاء حیثیه حدوثه و صدوره من الفاعل فلا وجه لتوهّم أنّه عین الانتقال الّذی نقله عن المبسوط و جعله أثرا للإیجاب و القبول فتدبّر.

البیع»، «وجب البیع»، «أقال البیع»، «لا بیع بینهما» و ... وجود داشت، مراد از بیع، اثر حاصل از عقد در نظر شارع می باشد. «وجب البیع» و «لزم البیع»؛ یعنی آن انتقالی که شارع امضاء می کند محقّق و قطعی شد.

و در نهایت می فرماید:

«و الحاصل: أنّ البیع الذی یجعلونه من العقود یراد به النقل بمعنی اسم المصدر مع اعتبار تحقّقه فی نظر الشارع، المتوقّف علی تحقّق الإیجاب و القبول»

مراد از بیعی که از عقود شمرده می شود، اثر حاصل عند الشارع است؛ یعنی نقل به معنای اسم مصدری اسم مصدر همان مصدر است صرف نظر از حدوث و صدورش از فاعل که متوقف بر ایجاب و قبول بایع و مشتری است، به اضافه ی اعتبار تحقق آن در نظر شارع.

پس بیع به این معنای اسم مصدری که هم متوقف بر ایجاب و قبول است و هم اعتبار شارع مسبّب بوده و غیر از عقد است، لذا اضافه ی «عَقْدُ البَیع» اضافه ی بیانیه نیست، بلکه اضافه ی لامیّه و سببیّه است؛ یعنی عقدی که برای بیع بوده و سبب آن است. به همین خاطر تعبیر «إنعَقَد البیع» یا «لا ینعقد البیع» صحیح می باشد، در حالی که اگر بیع به معنای ایجاب و قبول بود، در واقع به معنای «باعَ البیع» یا «لا یَبیعُ البیع» می شد که صحیح نیست.

پس خلاصه ی کلام شیخ این شد که استعمال بیع در عقدِ مرکّبِ از ایجاب و قبول به علاقه ی سبب و مسبّبی بوده و مجاز است. مقصود از مسبّب نیز «نقل» به معنای اسم مصدری است؛ یعنی اثر حاصل در نظر شارع.

ص: ۲۹۷

توضیحی بر کلام شیخ قدس سره -

جناب شیخ قدس سره - تلاش کردند بیان فرمایند که استعمال بیع در عقد مرکّب از ایجاب و قبول، به علاقه ی سبب و مسبّب بوده و مجاز است و مسبّب، اثر حاصل از عقد در نظر شارع است. سؤالی که این جا بی پاسخ ماند آن است که استعمال بیع در آن مسبّب (اثر حاصل از عقد در نظر شارع) آیا به نحو حقیقت است یا مجاز؟

چه بسا برخی از سیاق کلام شیخ استفاده کنند که استعمال لفظ بیع در مسبّب (اثر حاصل از عقد در نظر شارع) به نحو حقیقت باشد؛ چون اطلاق بیع بر عقد که سبب باشد برگرفته از اطلاق بیع بر مسبّب است، پس اطلاق بیع بر مسبّب حقیقی است و بر سبب مجازی.

ولی با دقت در کلام شیخ قدس سره - به نظر می رسد ایشان قبول ندارند و نباید قبول داشته باشند که اطلاق بیع بر مسبّب (اثر حاصل در نظر شارع) علی وجه الحقیقه باشد؛ چراکه ایشان بیع را به «إنشاء تملیک عینٍ بمالٍ» تعریف کردند و گفتند: بیع بر إنشاء موجِب هر چند متعقّب به قبول نباشد علی نحو الحقیقه صادق است. حال اگر اطلاق بیع بر «اثر حاصل در نظر شارع» را نیز علی وجه الحقیقه بدانند امر غریبی است؛ زیرا لازمه اش آن است که ایشان بیع را مشترک لفظی در دو معنای متفاوت بدانند که یکی صِرف «إنشاء تملیک عینٍ بمالٍ» است و دیگری اثر حاصل عند الشارع، علاوه آن که «بیع» باید حقیقت شرعیه باشد چون نظر شارع دخیل در معناست، در حالی که بدیهی است که مفهوم «بیع» از جانب شارع، هیچ دچار تغییر نشده و شارع همان معنایی را که لفظ «بیع» قبل از اسلام به نحو حقیقت داشته موضوع احکام قرار داده و دخل و تصرفی در مفهوم نکرده است. بلکه اصل آن را امضاء فرموده و فقط بعضی قیود اثباتی یا نفیی نسبت به صحت یا لزوم آن افزوده است. پس این که بگوییم استعمال لفظ بیع در

اثر حاصل در نظر شارع به نحو حقیقت است قابل التزام نیست و قطعاً شیخ – رحمه الله علیه – آن را اراده نفرموده است.

بنابراین باید بگوییم جناب شیخ – رحمه الله علیه – فقط «إنشاء تملیک عینٍ بمالٍ» را معنای حقیقی بیع می دانند و اطلاق بیع بر اثر حاصل عند الشارع را مجاز می دانند. ولی این سؤال این جا مطرح می شود که اگر اطلاق بیع بر خود مسبّب به نحو مجازی است، پس چطور معنای مجازی دیگری به علاقه ی سببیت از آن أخذ شده است؟! در پاسخ می گوییم: معنای مجازی حتماً لازم نیست از معنای حقیقی أخذ شود، بلکه می تواند از معنای مجازی دیگر أخذ شود که در اصطلاح «سبک مجاز از مجاز(۱)» گفته می شود؛ یعنی در حقیقت ابتدا معنای مجازی «اثر حاصل از عقد

۱- منهاج البراعه فی شرح نهج البلاغه (خویی)، ج ۱، ص۴۱: اختلفوا فی سبک المجاز عن المجاز، و هو أن یستعمل اللّفظ فی معنی مجازی لعلاقه بینه و بین المعنی الحقیقی ثم یستعمل فی معنی آخر لعلاقه بینه و بین المجاز الأوّل. و لم أظفر بعد بمن أفرد هذه المسأله استقلالا بالبحث، و لم أجد عنوانها مستقلا فی کلام من تقدّم، و انّما یوجد الاشاره الیها فی کلامهم، و یذکرونها استطرادا إذا مست حاجتهم الیها من دون أن یکشفوا عن وجهها النّقات، و یرفعوا عنها الحجاب، و الحق فیها هو الجواز، وفاقا لجمع من الاصحاب منهم العلامه الحلی فی النّهایه و العمیدی فی المنیه و الفاضل القمی (ره) فی القوانین فی تعریف الفقه و ذهب قوم إلی المنع منهم صاحب الفصول و صاحب المصابیح. قال الأوّل: اعلم انّ العلاقه المعروفه انّما تعتبر اذا کانت بین المعنی المجازی و بین المعنی الموضوع له فلا تعتبر اذا کانت بینه و بین معنی مجازی آخر الّا إذا کانت بحیث توجب العلاقه بینه و بین المعنی الحقیقی، فتعتبر من هذه الحیثیّه، و لهذا تراهم یمنعون سبک المجاز من المجاز، و الدّلیل علیه عدم مساعده الطبع، أو الرخصه علی الاعتداد بمثل تلک العلاقه لبعدها عن الاعتبار. و أمّا صاحب المصابیح فانّه کتب الی الفاضل القمی (ره) فی جمله اعتراضاته التی أوردتها فی حاشیه القوانین مشروحه: انّ فی القوانین جوّزتم سبک المجاز من المجاز مع أن المجاز لا یتجوّز منه اجماعا تحصیلا و نقلا من العلامه فی بحث النّسخ من النّهایه، و قد صرّح بذلک جماعه فی بحث مفاسده و محاسنه. فکتب الیه الفاضل القمی قدس سره – لا یحضرنی النّهایه و لا غیره من کلمات من نسبتم هذا الکلام الیه، و الذی یحضرنی فی الجواب عمّا ذکرت: انّی لا أجد مانعا منه، و ناهیک فی ذلک ما یوجد فی کلام الملک العلام الذی هو فی منتهی البلاغه مثل قوله تعالی: (وُجُوهٌ یَوْمَئِذٍ ناضِرَةٌ إِلی رَبِّها ناظِرَةٌ) اذ الظاهر ان کلمه الربّ مجاز عن رحمته و ثوابه، و رحمته و ثوابه مجاز عن آثار رحمته من الجنه و الحور و القصور و الثمار و الأنهار و لو لم نقل بذلک فلا بدّ من ارتکاب المجاز فی کلمه الناظره أیضا و کذلک قوله تعالی: (یَقُولُ الْإِنْسانُ یَوْمَئِذٍ أَیْنَ الْمَفَرُّ، کَلَّا لا وَزَرَ إِلی رَبِّکَ یَوْمَئِذٍ الْمُسْتَقَرُّ) فانّ الظاهر انّ کلمه الربّ مجاز عن حکمه و مشیّته و الحکم و المشیّه تصیر ان مستقرّا للانسان بسبب مقتضیاتهما ... .

عنـد الشـارع» از معنـای حقیقی «إنشـاء تملیک عینٍ بمالٍ» أخـذ شـده، آن گاه معنای مجازی دیگری (عقـد مرکّب از ایجاب و قبول) از این مجاز به علاقه ی سببیت أخذ شده و لفظ بیع در آن نیز مجازاً استعمال شده است.(۱)

آیا نزد عرف، صدق و صحّت بیع متلازمند؟

به نظر می رسد صدق بیع با صـحت آن نزد عرف متلازم نیست؛ یعنی این طور نیست که هر جا عرفاً بیع صادق بود اثر نیز عرفاً بر آن مترتب باشـد، بلکه چه بسا ممکن است عرف معامله ای را بیع بدانـد ولی اثر بر آن مترتب نکنـد؛ یعنی در حقیقت آن را بیع فاسد بداند. شواهدی بر این ادعا می توان اقامه کرد، از جمله:

۱. اگر طفل خردسالی که معنای بیع را درک می کنـد مال خود را به دیگری بفروشـد، عرفاً صدق می کند که «هذا الطفل باع ماله» ولی اثر بر آن مترتب نمی کنند،

۱- به نظر می رسد لزومی ندارد کلام شـیخ قدس سره - در توجیه کلام شهید ثانی قدس سره - که اطلاق بیع بر عقد به علاقه ی سـببیت است را حمل بر آن کنیم که خود شـیخ نیز پذیرفته اند که علاقه ی سببیت مصحّح مجازیت اطلاق بیع بر عقد است تا سـبک مجاز از مجاز لازم بیایـد، بلکه می توان گفت نظر شـیخ قدس سـره - بر این است که مصـحّح مجازیت اطلاق بیع بر عقد، علاقه ی جزء و کل است و مستقیماً از اطلاق عقد بر ایجاب یعنی «إنشاء تملیک عینٍ بمالٍ» اخذ شده است. عبارت «حتی الإجاره و شـبهها التی لیست هی فی الأصل اسـماً لأحـد طرفی العقـد» نیز می توانـد مؤیـد آن باشـد؛ زیرا بـدین معناست که در اجاره و شبه آن که در اصل اسم برای یکی از دو طرف عقـد نیست گرچه علاقه ی جزء و کل وجود ندارد، ولی باز می توان گفت به نحو مجاز است و علاقه ی دیگری وجود دارد. (امیرخانی)

لذا در صورت بروز اختلاف، دادگاهِ عرفی حکم به عدم صحت معامله می کند.

۲. اگر کسی مال دیگری را سرقت کرد و در بازار فروخت، حتی با علم به مسروقه بودن آن صادق است که «باع السارقُ ذلک المال من ذاک المشتری» ولی عرف ترتیب اثر بر آن بیع نمی دهد و نقل و انتقال را محقق نمی داند.

بنابراین ما نیز مانند سید یزدی قدس سره - قبول داریم که ممکن است در جایی عرفاً بیع صادق باشد امّا اثر عرفاً مترتب نشود.(۱) گرچه در تطبیق کبری بر بعض مصادیق چه بسا با ایشان اختلاف نظر داشته باشیم؛ مثلاً قبول نداریم که تملیک یک کیلو خاکِ فاقد هرگونه مالیّت، بیع باشد چنان که قبلاً در بررسی کلام سید خویی قدس سره - توضیح دادیم و اگر عرفاً بیع صادق باشد اثر نیز بر آن مترتب می شود.

۱- حاشیه المکاسب (للیزدی)، ج ۱، ص۶۲: فتبیّن أن کل تملیک إنشائی لا یکون بیعا بل هو أقسام: أحدها: ما یکون بلا قبول سواء کان هناک مخاطب فاهم أو لا و هذا لیس بیعا و لا تملیکا حتّی فی نظر المنشئ. الثّانی: أن یکون مع القبول و سائر شرائط أصل الماهیّه و لکن لم یکن ممضی فی نظر العرف کما إذا قال بعتک هذا المنّ من التّراب بکذا و هذا بیع حقیقةً إلّا أنّه فاسد عرفا. الثّالث: أن یکون مع القبول و الإمضاء العرفیّ دون الشرع کبیع الخمر و هذا صحیح عرفی فاسد شرعا. الرّابع: أن یکون ممضی فی الشّرع أیضا کالواجد لجمیع شرائط الصّحه و الإیجاب أیضا کذلک فإنّ أمر الجدار بالضّرب لا یکون إیجابا فی نظر الآمر أیضا و أمر الدّانی للعالی إیجاب حقیقیّ فی نظره دون نظر العرف و أمر الأخ لأخیه إیجاب ممضی عند العرف دون الشّرع و أمر الوالد لولده ممضی فی الشّرع أیضا.

بیع و سایر عقود اسم برای صحیح است یا اعم؟

بیع حقیقت در صحیح و مجاز در فاسد در کلام شهیدین قدس سرهما –

جناب شیخ قدس سره – ابتدا کلامی از شهید ثانی – رحمه الله علیه – در کتاب الیمین مسالک الأفهام(۱) نقل می کنند(۲) که عقد «بیع» و سایر عقود، حقیقت در صحیح و مجاز در فاسد

۱– مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام، ج ۱۱، ص۲۶۳: عقد البیع و غیره من العقود حقیقه فی الصحیح مجاز فی الفاسد، لوجود خواصّ الحقیقه و المجاز فیهما، کمبادره المعنی إلی ذهن السامع عند إطلاق قولهم: باع فلان داره، و غیره، و من ثَمَّ حمل الإقرار به علیه، حتی لو ادّعی إراده الفاسد لم تسمع إجماعا، و عدم صحّه السلب و غیر ذلک من خواصّه. و لو کان مشترکا بین الصحیح و الفاسد لقبل تفسیره بأحدهما کغیره من الألفاظ المشترکه. و انقسامه إلی الصحیح و الفاسد أعمّ من الحقیقه. و حیث کان الإطلاق محمولا علی الصحیح لا یبرّ بالفاسد و لو حلف علی الإثبات، سواء کان فساده لعدم صلاحیّته للمعاوضه کالخمر و الخنزیر، أم لفقد شرط فیه کجهاله مقداره و عینه. و سیأتی البحث فیه.

۲– المکاسب المحرمه (ط – الحدیثه)، ج ۳، ص۱۹: ثمّ إنّ الشهید الثانی نصّ فی «کتاب الیمین» من المسالک علی أنّ عقد البیع و غیره من العقود حقیقه فی الصحیح، مجاز فی الفاسد؛ لوجود خواصّ الحقیقه و المجاز، کالتبادر و صحّه السلب. قال: و مِن ثَمّ حُمل الإقرار به علیه، حتی لو ادّعی إراده الفاسد لم یسمع إجماعاً، و لو کان مشترکاً بین الصحیح و الفاسد لقبل تفسیره بأحدهما کغیره من الألفاظ المشترکه، و انقسامه إلی الصحیح و الفاسد أعمّ من الحقیقه، انتهی. و قال الشهید الأوّل فی قواعده: الماهیّات الجعلیّه کالصلاه و الصوم و سائر العقود لا تطلق علی الفاسد إلّا الحجّ؛ لوجوب المضیّ فیه، انتهی. و ظاهره إراده الإطلاق الحقیقی. و یشکل ما ذکراه بأنّ وضعها للصحیح یوجب عدم جواز التمسّک بإطلاق نحو وَ أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ و إطلاقات أدلّه سائر العقود فی مقام الشکّ فی اعتبار شی ءٍ فیها، مع أنّ سیره علماء الإسلام التمسّک بها فی هذه المقامات. نعم، یمکن أن یقال: إنّ البیع و شبهه فی العرف إذا استعمل فی الحاصل من المصدر الذی یراد من قول القائل: «بعت» عند الإنشاء، لا یستعمل حقیقه إلّا فی ما کان صحیحاً مؤثّراً و لو فی نظر القائل، ثمّ إذا کان مؤثّراً فی نظر الشارع کان بیعاً عنده، و إلّا کان صوره بیع، نظیر بیع الهازل عند العرف. فالبیع الذی یراد منه ما حصل عقیب قول القائل: «بعت» عند العرف و الشرع حقیقه فی الصحیح المفید للأثر، و مجاز فی غیره، إلّا أنّ الإفاده و ثبوت الفائده مختلف فی نظر العرف و الشرع. و أمّا وجه تمسّک العلماء بإطلاق أدلّه البیع و نحوه؛ فلأنّ الخطابات لمّا وردت علی طبق العرف، حمل لفظ «البیع» و شبهه فی الخطابات الشرعیّه علی ما هو الصحیح المؤثّر عند العرف، أو علی المصدر الذی یراد من لفظ «بعت»، فیستدلّ بإطلاق الحکم بحلّه أو بوجوب الوفاء علی کونه مؤثّراً فی نظر الشارع أیضاً، فتأمّل فإنّ للکلام محلّا آخر.

است؛ چراکه خواص حقیقت و مجاز در این دو وجود دارد؛ یعنی متبادر از لفظ بیع، بیع صحیح است و از بیع فاسد می توان سلب عنوان بیع کرد و گفت «لیس ببیعٍ» پس معلوم می شود بیع برای «بیع صحیح» وضع شده و استعمال آن در «بیع فاسد» مجاز است.

همچنین اگر کسی اقرار کرد چیزی را فروخته است، کلامش بر بیع صحیح حمل می شود و حتی اگر اقرارش را بعداً تفسیر کرده و بگوید مراد من از بیع، بیع فاسد بود، از وی پذیرفته نمی شود اجماعاً. در حالی که اگر برای اعم وضع شده و مشترک بین صحیح و فاسد بود، تفسیر اقرارش به هر یک از دو قسم پذیرفته می شد، کما این که در بقیه ی الفاظ مشترک نیز پذیرفته می شود؛ مثلاً اگر کسی اقرار کند که حیوان خریدم، سپس حیوان را به حیوان خاصی تفسیر کند پذیرفته می شود.

و اگر کسی بگوید انقسام بیع به صحیح و فاسد و استعمال آن در مقسم، نشان گر آن است که بیع برای اعم وضع شده، پاسخش آن است که استعمال اعم از حقیقت بوده و صرف استعمال، دلیل بر حقیقت در آن معنا نیست.

جناب شیخ قدس سره - سپس عبارت کوتاهی را از شهید اوّل - رحمه الله علیه - نقل می کنند که در کتاب القواعد و الفوائد(۱) می فرماید: ماهیّات جعلیّه ماهیاتی که شارع اختراع

۱- القواعد و الفوائد، ج ۱، ص۱۵۸: فائده: الماهیات الجعلیه، کالصلاه، و الصوم، و سائر العقود، لا تطلق علی الفاسد إلا الحج، لوجوب المضی فیه، فلو حلف علی ترک الصلاه أو الصوم اکتفی بمسمی الصحه، و هو الدخول فیهما، فلو أفسدهما بعد ذلک لم یزل الحنث. و یحتمل عدمه، لأنها لا تسمی صلاه شرعا و لا صوما مع الفساد. أما لو تحرم فی الصلاه، أو دخل فی الصوم مع مانع من الدخول، لم یحنث قطعا. و من فروع الحقیقه: حمل (اللام) علی الملک، فلو قال: هذا لزید، فقد أقر له بملکه، فلو قال: أردت أنه بیده عاریه أو إجاره أو سکنی، لم یسمع، لأنه خلاف الحقیقه. و کذا الإضافه بمعنی (اللام) مثل: دار زید، فلو حلف أن لا یدخل دار زید، فهی المملوکه و لو بالوقف. و علی هذا لا یحنث بالحلف علی دابه العبد أصلا، لعدم تصور الملک فیه علی الأقوی، إلا أن یقصد ما عرف به و شبهه. و قال بعض العامه: لا یحنث و لو قلنا بملکه، لنقصه باعتبار أنه فی معرض الانتزاع منه فی کل آن. و یرد علیه: أن الملک ینقسم إلی التام و الناقص حقیقه. إلا أن یمنع القسمه المعنویه.

کرده مثل صلاه و صوم و [نیز] همه ی عقود، فقط برای صحیح وضع شده و بر فاسد علی وجه الحقیقه اطلاق نمی شود. بله فقط «حج» بر حج فاسد نیز به نحو حقیقت اطلاق می شود؛ زیرا اگر کسی حجش را فاسد کرد نمی تواند آن را به هم بزند، بلکه باید مُضیّ در آن داشته باشد.(۱)

عدم جواز تمسّک به عمومات و اطلاقات، لازمه ی کلام شهیدین قدس سرهما –

شیخ قدس سره – به جای قضاوت در اصل مطلب که آیا بیع حقیقت در صحیح است یا اعم، به مشکلی که از نظریه ی شهیدین قدس سرهما – پدید می آید اشاره می کند و آن این که اگر الفاظ معاملات از جمله بیع برای خصوص صحیح وضع شده باشد لازمه اش آن است که عند الشک در اشتراط و اعتبار شیئی در معاملات به عنوان شرط یا جزء نتوان به اطلاق یا عموم ادله ی معاملات تمسک کرد؛ مثلاً در شک در اشتراط عربیّت در صیغه ی بیع یا اشتراط موالات بین ایجاب و قبول،

۱- الکافی (ط – الإسلامیه)، ج ۴، ص۳۷۳: عَلِیُّ بْنُ إِبْرَاهِیمَ عَنْ أَبِیهِ عَنْ حَمَّادٍ عَنْ حَرِیزٍ عَنْ زُرَارَهَ قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ مُحْرِمٍ غَشِیَ امْرَأَتَهُ وَ هِیَ مُحْرِمَهٌ قَالَ: جَاهِلَیْنِ أَوْ عَالِمَیْنِ؟ قُلْتُ: أَجِبْنِی فِی الْوَجْهَیْنِ جَمِیعاً قَالَ: إِنْ کَانَا جَاهِلَیْنِ اسْتَغْفَرَا رَبَّهُمَا وَ مَضَیَا عَلَی حَجِّهِمَا وَ لَیْسَ عَلَیْهِمَا شَیْ ءٌ وَ إِنْ کَانَا عَالِمَیْنِ فُرِّقَ بَیْنَهُمَا مِنَ الْمَکَانِ الَّذِی أَحْدَثَا فِیهِ وَ عَلَیْهِمَا بَدَنَهٌ وَ عَلَیْهِمَا الْحَجُّ مِنْ قَابِلٍ فَإِذَا بَلَغَا الْمَکَانَ الَّذِی أَحْدَثَا فِیهِ فُرِّقَ بَیْنَهُمَا حَتَّی یَقْضِیَا نُسُکَهُمَا وَ یَرْجِعَا إِلَی الْمَکَانِ الَّذِی أَصَابَا فِیهِ مَا أَصَابَا قُلْتُ: فَأَیُّ الْحَجَّتَیْنِ لَهُمَا؟ قَالَ: الْأُولَی الَّتِی أَحْدَثَا فِیهَا مَا أَحْدَثَا وَ الْأُخْرَی عَلَیْهِمَا عُقُوبَهٌ.

نمی توان بـا تمسّـک به عموم یـا اطلاق مثل (أَحَلَّ اللهُ البَیع)، (إلا أنْ تَکونَ تِجارةً عَنْ تَراضٍ مِنکُم)، (أوفُوا بِالعُقُود) و ... اثبات کرد عربیّت و موالاـت شـرط نیست؛ زیرا بنـابر مبنای شـهیدین مراد از «بیع»، «تجاره» و «عقـد» در آیات شـریفه «بیع»، «تجاره» و «عقد» صـحیح است، لذا با شک در صـحت آن نمی توان به عموم یا اطلاق تمسک کرد؛ زیرا تمسک به عام یا مطلق در شبهه ی مصـداقیه لاـزم می آیـد وماننـد آن است که با شک در عالم بودن زیـد، تمسک به اطلاق «اکرم العالم» کرده و اثبات کرد زید واجب الاکرام است!

پس لازمه ی کلام شـهیدین عـدم جواز تمسّک به اطلاق و عموم ادلّه ی معاملات است، در حالی که سـیره ی علماء اسـلام بر تمسک به آن بوده است.

شیخ قدس سـره - بعد از ذکر اشکال کلام شهیدین در صدد برمی آیند آن را به گونه ای توجیه و تأویل کنند تا این اثر بر آن مترتب نگردد و امکان تمسک به عموم و اطلاق فراهم شود.

قبـل از بیـان فرمـایش شـیخ لاـزم است «مراتب صـحت در معاملاـت» را تبیین کنیم تـا نکته ای که جناب شـیخ در تأویل کلام شهیدین قدس سرهما - به آن تکیه کرده اند مشخص گردد.

مراتب صحّت در معاملات

اشاره

صحّت در معاملات در سه مرتبه قابل تصور است:

۱. صحّت عند المتعاملین؛ زید و عمرو که با یکدیگر بیع می کنند، بالطبع آن بیع را در نظر خودشان صحیح می دانند، و ملحق به متعاملین است آن فضای محـدودی که متعاملین در آن قرار داشـته و با متعاملین هم نظرند؛ مثلاً محلّه ای که متعاملین در آن قرار دارند و افرادی که با آن دو در ارتباطند آن بیع را صحیح می دانند.

۲. صحّت عند العرف و العقلاء؛ همان طور که قبلاً بیان کردیم ممکن است در مواردی بیع عند المتعاملین صحیح باشد امّا عقلاء آن را صحیح ندانند. پس اگر علاوه بر متعاملین، عموم عرف و عقلاء نیز آن را صحیح بدانند مرتبه ی دیگری از صحّت تحقق یافته است.

در نگاه متعاملین هرگاه بیع صادق باشد ظاهراً صحیح نیز می باشد و صدق و صحت تلازم دارند(۱)، امّا در نگاه عرف و عقلاء همیشه صدق ملازم با صحت نیست؛ یعنی ممکن است بیع نزد متعاملین و عرف صادق باشد ولی عقلاء آن را صحیح ندانند، مانند بیع مال دزدی که عند المتعاملین صحیح است امّا عقلاء با این که آن را بیع می دانند، اثر بر آن مترتب نکرده و آن را فاسد می دانند. البته بعضی از أعلام(۲) علی ما نُقِل بین آن دو تفکیک نکرده و قائلند هر جا بیع صادق است، عموم عرف و عقلاء آن را صحیح و ذات اثر نیز می دانند. ولی تقریباً واضح است که این حرف اشتباه است.

۳. صحّت عند الشارع؛ مرتبه ی دیگر صحّت، صحّت عند الشارع است؛ چون

۱- ولی بعضی مثل سید یزدی قدس سره - قائل به عدم تلازم هستند: • حاشیه المکاسب (للیزدی)، ج ۱، ص۶۳: أنّ الأثر الّذی هو الملکیّه قد لا یکون متحقّقا فی نظره [الناقل] أیضا و إن حصل إنشاؤه و وجد بوجود إنشائی غیر معتبر کما فی النّظائر الّتی أشرنا إلیها فإنّ الملکیّه الإنشائیّه حاصله إذا تخیّل وجود العوض فبان عدمه أو إذا قال للجدار بعتک داری مع أنّها لیست حاصله فی نظره و فی اعتباره قطعا و لا یکون بیعا قطعا.

۲- کتاب البیع (تقریرات، للخرم آبادی)، ص۴۴: إنّ البیع و أمثاله من المعاملات- کالتزویج- امور یعتبرها العقلاء، و اعتبارهم دائر بین النفی و الإثبات، و لیست له حاله برزخیه؛ بأن یکون فاسداً؛ فإنّهم إمّا یعتبرون التبادل فی المالین، أو لا، و لا یتصوّر اعتبارهم لذلک فاسداً، و من المعلوم أنّ اعتبارهم لا یکون إلّا فی المالین، فبیع کوز من الماء بکوز آخر فی وسط البحر، لیس بیعاً عندهم، و لا یعتبرونه بیعاً، بل یحملونه علی الهزل و اللغویه.

ممکن است معامله ای عند المتعاملین و نیز عند العقلاء صحیح باشد، امّا شارع حکم به فسادش کرده باشد، مانند بیع خمر، بیع ربوی و ... .

ظهور عبارت شهیدین قدس سرهما – در صحّت عند الشارع

بعد از روشن شدن مراتب صحت، این سؤال در مورد کلام شهیدین مطرح می شود که مراد از صحت در نظر این دو بزرگوار که فرمودند الفاظ معاملات حقیقت در صحیح است نه در اعم کدام مرتبه از مراتب صحّت است؟ عند المتبایعین، عند العقلاء یا عند الشارع؟

از عبارت شهیدین، خصوصاً شهید اوّل قدس سره – که عقود را با ماهیات جعلیه (الفاظ عبادات مانند صلاه، صوم و ...) در یک ردیف قرار داده، استفاده می شود مرادشان صحیح عند الشارع است.

وارد بودن اشکال شیخ و اشکالی دیگر بر ظاهر عبارت شهیدین قدس سرهما –

اگر شهیدین قدس سرهما – ظاهر کلامشان را اراده کرده باشند اشکال شیخ قدس سره – که فرمود لازمه اش آن است نتوان به عمومات و اطلاقات تمسّک کرد بر آن وارد است؛ زیرا اگر مراد از «بیع»، «تجاره» و «عقد» در آیات شریفه «بیع»، «تجاره» و «عقدِ» صحیح در نظر شارع باشد، دیگر نمی توان با شک در صحّت شرعی عقدِ فاقد عربیّت و نظیر آن، به عموم (أوفُوا بِالعُقُود)، (أحَلَّ اللهُ البَیع) و (إلا أنْ تَکونَ تِجارهً عَنْ تَراضٍ مِنکُم) تمسّک کرده و اثبات کرد عقد صحیح است؛ چون تمسّک به عام است در شبهه ی مصداقیه که هیچ کس حتی افراد قلیلی(۱) که تمسّک به عام در شبهه ی مصداقیه ی مخصّص را جایز می دانند تمسّک به عام در شبهه ی مصداقیه ی نفس عام را روا نمی دانند.

۱- مانند محقق نهاوندی قدس سره – در تشریح الاصول، ص۲۶۱.

اشکال دیگر آن که چگونه می توان گفت الفاظ معاملات مانند بیع، عقد، تجارت و ... حتی نکاح که معامله ی بالمعنی الاعم است برای خصوص صحیح عند الشارع وضع شده، در حالی که این الفاظ یا مرادف آن در لغات دیگر، قبل از اسلام و از ابتدای شروع مدنیّت بشر مورد استعمال بوده است؟!

و اگر گفته شود شارع این الفاظ را از معنای لغوی به معنای شرعی که واجد تمام شرائط صحت باشد نقل کرده، در پاسخ می گوییم بدیهی است که چنین اتفاقی نیافتاده و اگر اتفاق می افتاد حتماً برای ما ولو در ضمن روایت ضعیفی نقل می شد و ما به آن علم پیدا می کردیم.

ورود این اشکالات بر ظاهر کلام شهیدین، شیخ را به تکاپو انداخته که یک نوع توجیه و تأویلی که شایسته ی مقام این دو بزرگوار است ذکر بفرمایند.

توجیه شیخ درباره ی کلام شهیدین و نقد آن

مرحوم شیخ حقیقت بودن لفظ بیع در صحیح، در عبارت شهیدین قدس سرهما - و نیز اشکالی که از آن پدید می آید، هر دو را توجیه می کند.

در توجیه «حقیقت بودن لفظ بیع در صحیح» می فرماید(۱): بیع و شبه آن برای صحیح و مؤثر وضع شده است. با گفتن «بعتُ» از جانب بایع، مصدر یعنی «البیع» محقق می شود. اگر این مصدر را از حیث صدوری آن تجرید کرده و به نحو اسم

۱- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۲۰: نعم، یمکن أن یقال: إنّ البیع و شبهه فی العرف إذا استعمل فی الحاصل من المصدر الذی یراد من قول القائل: «بعت» عند الإنشاء، لا یستعمل حقیقه إلّا فی ما کان صحیحاً مؤثّراً و لو فی نظر القائل، ثمّ إذا کان مؤثّراً فی نظر الشارع کان بیعاً عنده، و إلّا کان صوره بیع، نظیر بیع الهازل عند العرف. فالبیع الذی یراد منه ما حصل عقیب قول القائل: «بعت» عند العرف و الشرع حقیقه فی الصحیح المفید للأثر، و مجاز فی غیره، إلّا أنّ الإفاده و ثبوت الفائده مختلف فی نظر العرف و الشرع.

مصدر(۱) در نظر بگیریم مفاد و معنای بیع خواهد بود که باید مؤثر و صحیح باشد هرچند صحیح و مؤثر در نظر قائل؛ یعنی وقتی که شخصی خبر از تحقق بیع می دهد، در واقع لفظ بیع را در صحیح و مؤثر استعمال می کند، هر چند فقط در نظر خودش صحیح و مؤثر باشد. اگر علاوه بر آن نزد شارع نیز مؤثر و صحیح باشد، نزد شارع نیز بیع خواهد بود و الا صورت بیع بوده و نظیر بیع هازل نزد عرف می باشد. یعنی همان طور که اگر کسی از روی هزل و شوخی بیع انجام دهد عرف آن را بیع نمی داند، شارع نیز بیعی که تمام شرائط صحت را نداشته باشد بیع نمی داند.

پس بیع که در معنای اسم مصدری به کار رفته و حکایت از تحقّق امری بعد از إنشاء بایع می کند، چه در نظر عرف و چه در نظر شارع، حقیقت در صحیح است؛ إلا این که صحیح نزد عرف با صحیح نزد شرع متفاوت است. به تعبیر دیگر بیع اسم برای عقد مؤثر و مفید فایده ی ملکیّت می باشد، ولی ممکن است بیعی در نظر عرف صحیح باشد و در نظر شرع صحیح نباشد، مانند بیع خمر و بیع ربوی که عرف آن را صحیح می داند ولی شارع آن را مؤثر و صحیح نمی داند و از آن جا که طبق فرض، بیع اسم برای عقد مؤثر و صحیح است، پس بیع خمر و بیع ربوی نزد شارع اصلاً بیع نیست.

عبارت شیخ قدس سره - گرچه مقداری دارای ابهام است، ولی به نظر می رسد بیع را از حیث صحّت، مفهومی کشش دار می دانند که شامل صحت نزد قائل، عرف و شارع می شود و معتقدند حداقل در مقام توجیه کلام شهیدین قدس سرهما - که بیع بر غیر عقد صحیح اطلاق نمی شود.

۱- ظاهراً مراد شیخ قدس سره - از مصدر، «إنشاء تملیك عین بمال» است که همان إنشاء موجِب و گفتن «بعتُ» بوده و به معنای فروختن است و مرادشان از اسم مصدر «نقل» است که اثر بیع صحیح ولو در نظر قائل می باشد و از انشاء موجب و گفتن «بعتُ» حاصل می شود. (امیرخانی)

اگر بخواهیم تشبیهی برای مفهوم کِشش دار بیعِ صحیح ذکر کنیم می توانیم به داروی مسکّن مثال بزنیم. داروی مسکّن انواع مختلفی مانند آسپیرین، استامینوفن، پروفن، پتیدین(۱) و ... دارد و از لحاظ تأثیری که در تسکین درد دارند متفاوت است؛ مثلاً بعضی ممکن است در تسکین سر درد مفید باشد و بعضی در تسکین دل درد و برخی در تسکین دردهای عمومی بدن و ... ولی همه از این جهت که تسکین دهنده اند «مسکّن» نامیده شده اند. بیع نیز اسم برای عقد مؤثر است، ولی گاهی فقط نزد قائل مؤثر بوده و نظیر مسکّنی است که فقط سر درد را تسکین می دهد و گاهی علاوه بر آن، نزد عرف و گاهی نزد شارع نیز مؤثر است و نظیر مسکّنی است که همه ی دردهای بدن را تسکین می دهد.

۱- آسپیرین، استامینوفن و ایبوپروفن (پروفن) معمول ترین داروهای مسکن هستند. کلیه ی این داروها در یک خاصیت مشترک هستند. آن ها باعث کاهش تولید پروستاگلاندین ها ماده ای شبه هورمون که توسط بدن تولید می شود و باعث تحریک التهاب، تب و درد می گردد می شوند. آسپیرین و ایبوپروفن در رفع هر سه اثر پروستاگلاندین ها مؤثر هستند در حالی که استامینوفن در برطرف کردن تب و درد تأثیر دارد و در رفع التهاب مؤثر نیست. آسپیرین Asprin)) گسترده ترین دامنه ی کاربرد را دارد و در سردرد ساده، دردهای عضلانی، التهاب مفصلی، شکستگی استخوان ها، رماتیسم، دندان درد و غیره استفاده می شود. استامینوفن (Acetaminophen) دارویی مسکن و تب بُر است که به طور گسترده برای درمان تب، سردرد و دردهای خفیف مورد استفاده قرار می گیرد. برعکس داروهای ضد التهاب غیر استروئیدی که در سطح پوست و عضلات و مفاصل و استخوان ها تاثیر می گذارند – استامینوفن با مهار حس درد در مغز و نخاع سبب کاهش درد می شود. عوارض جانبی و واکنش های حساسیتی استامینوفن کمتر از آسپیرین است. ایبوپروفن (Ibuprofen) به خصوص در رفع درد و التهاب مفصلی و نیز تب، گرفتگی عضلانی، دندان درد، کمردرد، میگرن، درد و تب ناشی از سرماخوردگی و مهم تر برای دردهای قاعدگی مفید است و از نظر انعقاد خون اثر آن مشابه آسپیرین است. احتمال ایجاد زخم در اثر ایبوپروفن کمتر از آسپیرین است، اگرچه مصرف درازمدت آن می تواند باعث زخم و خون ریزی شود. پتیدین (Pethidine) داروی مخدر از گروه شبه تریاک هاست که به روش صنعتی تولید و برای درمان دردهای متوسط تا شدید استفاده می شود. پتیدین در مقایسه با مرفین داروی کم خطرتریست و احتمال اعتیاد به آن کمتر است، ولی عوارض خطرناکی مانند تشنج و هذیان ممکن است به دنبال داشته باشد.

پس این که گفته شود «بیع در معنای صحیح به کار رفته، ولی ممکن است صحیح در نظر عرف، متفاوت از صحیح در نظر قائل و صحیح در نظر شرع، متفاوت از نظر عرف باشد و به اصطلاح مفهومی کشش دار باشد» استغراب نداشته و نظیر آن در عرف نیز وجود دارد.

اگر مراد شهیدین قدس سرهما – این توجیه باشد که بیع برای صحیح ولو در نظر قائل وضع شده است، این در حقیقت عبارتٌ أخرای آن است که بگوییم صحّت حداقلی در صدق بیع کفایت می کند و صحّت عند العقلاء و صحت عند الشارع در صدق آن شرط نیست و اگر أحیاناً فهمیده شود که صحت عند العقلاء یا صحت عند الشارع اراده شده، از قرینه ی خارجیه فهمیده می شود و این طور نیست که لفظ به گونه ای وضع شده باشد که وقتی از جانب شارع استعمال می شود صحیح معنای خاصی داشته باشد و هنگامی که از جانب عقلاء صادر می شود معنای دیگری داشته باشد، بلکه معنای لفظ آن است که حداقلِ اثر بر آن مترتب شود و آن، اثر عند القائل و به تعبیر ما عند المتعاملین است.(۱)

پس این کلام در واقع التزام به آن است که بیع برای اثر مترتب عند المتعاملین وضع شده است. لذا ممکن است در مواردی بیع صادق باشد ولی عند العرف و عند الشرع فاسد باشد و این طور نیست که بر فاسد عند العرف یا عند الشرع، بیع حقیقتاً صادق نباشد. بله هر جا بیع صادق است، عند المتعاملین صحیح نیز هست؛ چون معنا ندارد بیع صادق باشد ولی در نظر متعاملین فاسد باشد.

۱- این نظیر آن است که کسی طلب مسکّن کند در حالی که هیچ قرینه ای بر اراده ی نوع خاصی از آن وجود نداشته باشد، که در این صورت بر مسکّن [حداقلی] نیز صادق است؛ یعنی هر نوع مسکّنی اعم از مسکّن دل درد یا سر درد یا ... به او داده شود دستور انجام شده است. اما گاهی قرینه وجود دارد چه نوع مسکّنی می خواهد؛ مثلاً می گوید سرم درد می کند مسکّن بده، که مراد مسکّن سر درد است یا بگوید کلّ بدنم و عضلاتم کوفته شده، که مسکّن درد عمومی مراد است.

مرحوم شیخ در توجیه مشکل پدید آمده از کلام شهیدین قدس سرهما - که لفظ بیع حقیقت در صحیح است و لذا نمی توان به اطلاقات و عمومات تمسّک کرد، دو راه حل ارائه می کنند(۱) که عبارتست از:

۱. از آن جا که خطابات شرعیه به عرف إلقاء شده است، پس مراد از لفظ بیع و شبه آن در مثل (أَحَلَّ اللهُ البَیع)، (إلا أنْ تَکونَ تِجارةً عَنْ تَراضٍ مِنکُم)، (أوفُوا بِالعُقُود) و ... بیع، عقـد و تجارتِ صـحیح عند العرف می باشد و در واقع این آیات شـریفه بیع، تجـارت و عقـد عرفی را مورد امضـاء قرار می دهـد. پس مشـکل تمسّـک به عام در شـبهه ی مصـداقیه نیز رفع می گردد؛ زیرا شک در اشتراط و اعتبار شـیئی در بیع شـرعاً، بعد از احراز صحت بیع عرفاً، مانع از تمسک به اطلاق و عموم نیست؛ چون علی الفرض مقصود از بیع، تجارت و عقد در اطلاقات و عمومات، بیعِ صـحیح، تجارت صـحیح و عقد صحیحِ عند العقلاء است؛ نه عند الشرع تا تمسک به عام در شبهه ی مصداقیّه لازم آید.

و امّا این که مراد شیخ قدس سره - از بیع در این احتمال، به نحو اسم مصدری است یا مصدری، دارای ابهام است ولی به قرینه ی سـیاق، اسـتعمال آن به نحو اسم مصدری مراد شیخ است، هر چند ظاهر حاشیه ی آخوند(۲) قدس سـره - آن است که مراد از بیع در این احتمال و احتمال بعد به نحو مصدری است.

۱- المکاسب المحرمه (ط - الحـدیثه)، ج ۳، ص۲۰: و أمّـا وجه تمسّـک العلمـاء بإطلاق أدلّه البیع و نحوه؛ فلأنّ الخطابات لمّا وردت علی طبق العرف، حمل لفظ «البیع» و شبهه فی الخطابات الشرعیّه علی ما هو الصحیح المؤثّر عند العرف، أو علی المصدر الـذی یراد من لفـظ «بعت»، فیسـتدلّ بإطلاـق الحکم بحلّه أو بوجوب الوفـاء علی کونه مؤثّراً فی نظر الشـارع أیضـاً، فتأمّـل فـإنّ للکلام محلّا آخر.

۲- حاشیه المکاسب (للآخوند)، ص۸: أی یستدل بإطلاقه علی کون البیع الإنشائی، بمثل (بعت)، علی إطلاقه، من دون اعتبار ما شکّ فی اعتباره، یکون مؤثّرا نافـذا، غایه الأمر، قـد علم تقییـده بالقبول. و من هنا ظهر انّه علی الوجهین، یکون المراد بالبیع، هو السبب القابل للاتصاف بالصحه، و الفساد. و الفرق بینهما انّما یکون بالتّمامیّه، و النّقصان. فافهم.

۲. مراد از بیع در مثل (أَحَلَّ اللهُ البَیع) مصـدری است که با گفتن «بعتُ» پدیـد می آیـد و در حقیقت به این معناست که هرچه عرفاً بیع بر آن صادق است اعم از آن که عند العرف و العقلاء صحیح باشد یا نه مورد امضاء شرع قرار گرفته است.(۱)

مرحوم شیخ در نهایت «فتأمل» ذکر می کنند و می فرمایند: فإن للکلام محلاً آخر.

همان طور که ملاحظه می فرمایید، این دو راه حلّی که جناب شیخ ارائه کردند در واقع راه حل نبود و رفع ید از کلام شهیدین بود، هر چنـد در وجه اوّل به گونه ای خواسـتند کلام شـهیدین را اعمال کننـد، ولی در حقیقت رفع یـد از آن است؛ زیرا کلام شهیدین این بود که اسامی معاملات برای خصوص عقود

۱- حاشـیه کتاب المکاسب (للأصـفهانی، ط - الحـدیثه)، ج ۱، ص۸۸: ملخص کلامه قدّس سرّه تصـحیح التمسک بالإطلاق بوجهین: أحـدهما: أنّ البیع و إن کـان موضوعـا للنقل المؤثر من دون خصوصیه لنظر دون نظر کما تقـدم آنفا إلّا أنّ الخطابات الشـرعیه حیث إنّها ألقیت إلی العرف، فلا بد من حملها علی ما هو النقل المؤثر عندهم، فالشارع فی مخاطباته کأحد أهل العرف بالنسبه إلی الآخر منهم، فلو أراد خلاف ما علیه العرف لزم علیه نصب القرینه، و علیه فیتعین النقل العرفی لجمیع الأحکام و الآثار المترتبه علی النقل الشـرعی إلّا ما خرج بالـدلیل. و هذا التقریب لا دخل له بمسأله تصویب نظر العرف بالإطلاق و تخطئه نظرهم فی مورد الاسـتثناء، کما فهمه غیر واحد من اجله المحشـین إذ صـریح عبارته قدّس سرّه أنّ النقل العرفی هو الموضوع حیث قال رحمه اللّه: (حمل لفظ البیع و شـبهه فی الخطابات الشـرعیه علی ما هو الصحیح المؤثر عند العرف .. إلخ) و لا واقع للنقل باعتبار العرف إلّا نفسه. ثانیهمـا: حمـل لفـظ البیع علی إنشـاء النقـل و هو فعل الموجب، و هو الـذی اختاره فی مقام تعریف البیع، و هو الـذی عبر عنه هنـا بالمصـدر، فی قبـال السـابق المعبّر عنه بحاصـل المصـدر، و علیه فإذا حکم الشارع علی إنشاء النقل بالحل أو بوجوب الوفـاء، مع أنّه لو لا- تـأثیره فی النقل شـرعا لا حلیه و لا وجوب الوفاء، فیعلم من إطلاقه أنّ کل إنشاء النقل یوجب النقل شرعا، و هـذا أیضا لا دخل له بالتخطئه و التصویب، فإنّ إنشاء النقل واقعه نفسه بالضـروره، و لا واقع آخر له حتی یصـیب تاره و یخطأ أخری، نعم یشترک الوجهـان فی لزوم التخصـیص الحقیقی فی موارد الاسـتثناء، لانحفـاظ الموضوع بحـده و مع ذلـک لا حکم له و لا أثر له أحیانا.

صحیحه عند الشارع وضع شده است، ولی جناب شیخ در راه حل اوّل می فرماید: مراد از بیع و نظیر آن در عمومات و اطلاقات کتاب و سنت، صحیح عند العقلاء است؛ نه صحیح عند الشارع، و در راه حل دوم می فرماید: مراد از بیع در عمومات و اطلاقات، مصدری(۱) است که عرفاً «بیع» بر آن صادق باشد، هر چند صحیح نباشد، که لازمه اش آن است بگوییم: حتی اگر بیعی در نظر عرف فاسد باشد مورد امضاء شارع است. گرچه احتمال قوی وجود دارد که کلام از آن منصرف باشد، لذا بیش از امضاء عقودی که صحیح عند العقلاء است از اطلاقات و عمومات استفاده نمی شود.

۱- این احتمال دقیقاً بر خلاف توجیهی است که قبلاً برای کلام شهیدین قدس سرهما - انجام دادند و فرمودند: «إنّ البیع و شبهه فی العرف إذا استعمل فی الحاصل من المصدر الذی یراد من قول القائل: «بعت» عند الإنشاء، لا یستعمل حقیقه إلّا فی ما کان صحیحاً مؤثّراً و لو فی نظر القائل».

اسامی معاملات اسم برای سبب است یا مسبّب؟

اشاره

بحثی در فقه و اصول مطرح شده که اسامی معاملات از جمله بیع، اسم برای سبب است یا مسبّب؟ آثاری را بر هر دو احتمال مترتب کرده اند، از جمله این که اگر اسامی معاملات برای مسبّب وضع شده باشد دیگر این بحث که اسامی معاملات برای صحیح وضع شده یا اعم، جایگاهی نخواهد داشت؛ زیرا مسبّب امرش دائر بین وجود و عدم است.(۱) همچنین بعضی گفته اند اگر بیع و امثال آن برای مسبّب وضع شده باشد دیگر نمی توان به اطلاق ادلّه تمسّک کرد.(۲)

۱- کفایه الأصول، ص۳۳: أن أسامی المعاملات إن کانت موضوعه للمسببات فلا مجال للنزاع فی کونها موضوعه للصحیحه أو للأعم لعدم اتصافها بهما کما لا یخفی بل بالوجود تاره و بالعدم أخری و أما إن کانت موضوعه للأسباب فللنزاع فیه مجال لکنه لا یبعد دعوی کونها موضوعه للصحیحه أیضا و أن الموضوع له هو العقد المؤثر لأثر کذا شرعا و عرفا و الاختلاف بین الشرع و العرف فیما یعتبر فی تأثیر العقد لا یوجب الاختلاف بینهما فی المعنی بل الاختلاف فی المحققات و المصادیق و تخطئه الشرع العرف فی تخیل کون العقد بدون ما اعتبره فی تأثیره محققا لما هو المؤثر کما لا یخفی فافهم.

۲- محاضرات فی أصول الفقه، ج ۱، ص۱۸۶: و ربما یورد بان حدیث التمسک بالإطلاق فی المعاملات انما یتم فیما لو کانت المعاملات أسامی للأسباب، دون المسببات، فانه حینئذ مجال للتمسک بإطلاق قوله تعالی (أحل اللَّه البیع) (و تجاره عن تراض) و نحوهما لإثبات إمضاء کل سبب عرفی إلا ما نهی عنه الشارع. و أما لو کانت المعاملات أسامی للمسببات فالإمضاء الشرعی المتوجه إلیها لا یدل علی إمضاء أسبابها، لعدم الملازمه بین إمضاء المسبب و هو المبادله فی البیع و ما شاکلها، و إمضاء السبب و هو المعاطاه أو الصیغه الفارسیه- مثلا- و من الواضح ان أدله الإمضاء جمیعاً من الآیات، و الروایات متجهه إلی إمضاء المسببات، و لا تنظر إلی إمضاء الأسباب أصلا، ضروره ان الحلیه فی قوله تعالی أحل اللَّه البیع ثابته لنفس المبادله و الملکیه فی مقابل تحریمها، و لا معنی لحلیه نفس الصیغه أو حرمتها، و وجوب الوفاء فی قوله تعالی: (أوفوا بالعقود) ثابت للملکیه و المبادله، فان الوفاء علی ما ذکرناه بمعنی الإنهاء و الإتمام، و من المعلوم انه لا یتعلق بنفس العقد فانه آنی الحصول فلا بقاء له، بل لا بد و ان یتعلق بما له قابلیه البقاء و الدوام و هو لیس فی المقام إلا نفس المسبب.

از عبارات شیخ قدس سره - هم استفاده می شود در معاملات، سبب و مسبّب وجود دارد، ولی ما می خواهیم بیان کنیم اگر مراد از مسبّب همان گونه که شیخ بیان کردند اثر عند الشارع یا اثر عند العرف باشد، مانعی ندارد قائل به سبب و مسبّب باشیم به این نحو که عقد را سبب و ملکیت عند الشارع یا عند العرف را مسبّب از آن بدانیم؛ البته با تسامح؛ زیرا ملکیّت عند الشارع یا عند العرف مسبّب از اعتبار خود شارع یا خود عرف است؛ نه از عقد متبایعین، گرچه عقد نیز نقش دارد.

امّا اگر مراد از مسبّب، همان گونه که از بعضی کلمات استفاده می شود ملکیّت عند المتبایعین باشد، سبب و مسبّبی وجود ندارد بلکه یک چیز ترکیبی است که امرش دائر بین وجود و عدم بوده و وابسته به اعتبار معتبر یعنی بایع و مشتری می باشد.

به عنوان مثال؛ وقتی زید هنگام فروش کتابش به عمرو، با قصد تملیک و گفتن «بعتُ» یا هر مبرِز دیگر ایجاب می کند و مشتری نیز به همین نحو قبول می کند، دیگر ملکیّتی وراء آن چه إنشاء کرده اند حاصل نمی شود، بلکه ملکیّت همان چیزی است که با «بعتُ» و «اشتریتُ» پدید آمده و جزء مجموعه ی عقد است که از آن به «بیع» تعبیر می شود.

به تعبیر دیگر عقد تام، همان اعتبار ملکیت برای دیگری با مُبرز است به شرط قبول وی، و در حقیقت مجموعه ی گفتن «بعتُ و اشتریتُ» همراه قصد این که کتاب ملک مشتری و ثمن ملک بایع باشد بیع است و بیع چیزی غیر از این نیست. نهایت آن که بعض اجزاء آن مانند «بعت و اشتریت» متصرم و غیر قارّ الذات است و بعض اجزاء آن مانند ملکیّت در همان عالم اعتبار قارّ الذات است.

بنابراین بیع اسم برای مجموعه است و نمی توان آن را تفکیک کرده بخشی را به عنوان سبب و بخشی را به عنوان مسبّب دانست و گفت بیع اسم برای خصوص «سبب» یا خصوص «مسبّب» است.

اگر هم تعبیر سبب و مسبّب در بیع را با تسامح بپذیریم این طور نیست که «بیع» اسم برای خصوص سبب یا خصوص مسبّب باشد، بلکه برای مجموع سبب و مسبّب وضع شده و فرایندی است که از مجموع گفتن «بعتُ» از طرف بایع، همراه با قصد تملیک مبیع [و تملّک ثمن] و نیز گفتن «قبلتُ» از جانب مشتری تشکیل شده و چیز دیگری وراء آن وجود ندارد.

تقریب مطلب این که؛ همان طور که در «تسلیط» و «إعطاء» تکوینی چیزی به کسی، مجموعه ی برداشتن آن شیء و حرکت به سوی آن شخص و دادن به وی، حقیقت «إعطاء» و «تسلیط» را در عالم مادّی تشکیل می دهد؛ نه خصوص مرحله ی اخیر یا خصوص مقدمات آن(۱)، در «إعطاء» اعتباری و «بیع» نیز فرآیند مذکور «بیع» نامیده می شود.

بنابراین «بیع» در نظر ما نه اسم برای سبب است و نه مسبّب و در حقیقت سبب و مسبّب در آن وجود ندارد و این خلاف نظری است که در اصول فقه مانند جناب شیخ و عده ای دیگر بیان کرده بودیم که «بیع» اسم برای مسبّب (ملکیّت) است که از سبب (إنشاء) حاصل می شود.

عدم امکان أخذ صحت عند الشارع در عمومات و اطلاقات معاملات در نظر سید خویی قدس سره -

برخی از جمله سیّد خویی(۲) - رحمه الله علیه - قائل شده اند اصلاً امکان ثبوتی أخذ صحت عند الشرع در مسمّای الفاظ معاملات مأخوذ در ادلّه ی إمضاء وجود ندارد؛ زیرا لغویت لازم می آید؛ چراکه در آیه ی شریفه ی (أَحَلَّ اللهُ البَیع) اگر مراد از بیع، بیع صحیح

۱- هر چند ممکن است گفته شود «إعطاء» و «تسلیط» اسم برای مرحله ی اخیر است، ولی مهم اصل تمثیل می باشد.
۲- محاضرات فی أصول الفقه، ج ۱، ص۱۹۳: و أما الصحه الشرعیه فلا یعقل أخذها فی المسمی، و فی موضوع أدله الإمضاء لیکون معنی قوله تعالی (أحل اللّه البیع) ان اللّه أحل و أمضی البیع الّذی أحله و أمضاه.

شرعی باشد معنا چنین می شود: خداوند متعال بیع صحیح شرعی را صحیح می داند! یعنی قضیه به نحو ضرورت به شرط محمول می شود. یا در آیه ی شریفه ی (أوفُوا بِالعُقُود) معنا چنین می شود: وفای به عقودی که واجب الوفاء است واجب می باشد! یعنی قضیه به نحو «این همانی» و حمل شيء بر نفس می شود که از آن به «توتولوژی(۱)» نیز تعبیر می گردد، در حالی که چنین کلامی به نحو ضرورت به شرط محمول یا حمل شيء بر نفس از متکلّم عادی سر نمی زند؛ چه رسد به کلام الهی که در اوج فصاحت و بلاغت بوده و معجزه می باشد!

نقد کلام سید خویی قدس سره –

در پاسخ به کلام سید خویی قدس سره – می گوییم: مراد از وضع الفاظ معاملات برای خصوص صحیح، این نیست که عنوان «صحیح» در مفهوم آن اخذ شده و به حمل اوّلی «صحیح» باشد، بلکه مراد صحیح به حمل شایع است، کما این که در الفاظ عبادات نیز این گونه است.

پس مشهور که به نقل مرحوم آخوند(۲) قائل به وضع الفاظ عبادات و معاملات

۱- Tautology

۲- کفایه الأصول، ص۲۸: و منها أن ثمره النزاع إجمال الخطاب علی القول الصحیحی و عدم جواز الرجوع إلی إطلاقه فی رفع ما إذا شک فی جزئیه شی ء للمأمور به أو شرطیته أصلا ... . و قد انقدح بذلک أن الرجوع إلی البراءه أو الاشتغال فی موارد إجمال الخطاب أو إهماله علی القولین فلا وجه لجعل الثمره هو الرجوع إلی البراءه علی الأعم و الاشتغال علی الصحیح و لذا ذهب المشهور إلی البراءه مع ذهابهم إلی الصحیح [فی الفاظ العبادات]. • کفایه الأصول، ص۳۳: الثانی أن کون ألفاظ المعاملات أسامی للصحیحه لا یوجب إجمالها کألفاظ العبادات کی لا یصح التمسک بإطلاقها عند الشک فی اعتبار شی ء فی تأثیرها شرعا و ذلک لأن إطلاقها لو کان مسوقا فی مقام البیان ینزل علی أن المؤثر عند الشارع هو المؤثر عند أهل العرف و لم یعتبر فی تأثیره عنده غیر ما اعتبر فیه عندهم کما ینزل علیه إطلاق کلام غیره حیث إنه منهم و لو اعتبر فی تأثیره ما شک فی اعتباره کان علیه البیان و نصب القرینه علیه و حیث لم ینصب بان عدم اعتباره عنده أیضا و لذا یتمسکون بالإطلاق فی أبواب المعاملات مع ذهابهم إلی کون ألفاظها موضوعه للصحیح.

برای خصوص صحیح شده اند، مرادشان این نیست که وصف و عنوان «صحیح» در مفهوم الفاظ عبادات و معاملات اخذ شده، بلکه صحیح به حمل شایع مراد است که در این صورت دیگر نه مشکل ضرورت به شرط محمول پیش می آید و نه حمل شیء بر نفس. مثلاً اگر شارع تصریح می فرمود: «عقدی که چنین خصوصیاتی داشته و همراه رضا و قصد ملکیت بوده و بین ایجاب و قبول موالات باشد و به صیغه ی عربی اجرا گردد، چنین عقدی موضوعٌ له لفظ «بیع» نزد من بوده و صحیح می باشد» مشکل مذکور پیش نمی آمد.

تمسّک به اطلاق مقامی در ادلّه ی معاملات بنابر اراده ی صحّت عند الشارع

اشاره

مرحوم آخوند قدس سره - در بحث صحیح و أعم(۱) بعد از پذیرش توجیه شیخ قدس سره - که

۱- کفایه الأصول، ص۳۳: بقی أمور: الأول أن أسامی المعاملات إن کانت موضوعه للمسببات فلا مجال للنزاع فی کونها موضوعه للصحیحه أو للأعم لعدم اتصافها بهما کما لا یخفی بل بالوجود تاره و بالعدم أخری و أما إن کانت موضوعه للأسباب فللنزاع فیه مجال لکنه لا یبعد دعوی کونها موضوعه للصحیحه أیضا و أن الموضوع له هو العقد المؤثر لأثر کذا شرعا و عرفا و الاختلاف بین الشرع و العرف فیما یعتبر فی تأثیر العقد لا یوجب الاختلاف بینهما فی المعنی بل الاختلاف فی المحققات و المصادیق و تخطئه الشرع العرف فی تخیل کون العقد بدون ما اعتبره فی تأثیره محققا لما هو المؤثر کما لا یخفی فافهم. الثانی أن کون ألفاظ المعاملات أسامی للصحیحه لا یوجب إجمالها کألفاظ العبادات کی لا یصح التمسک بإطلاقها عند الشک فی اعتبار شیء فی تأثیرها شرعا و ذلک لأن إطلاقها لو کان مسوقا فی مقام البیان ینزل علی أن المؤثر عند الشارع هو المؤثر عند أهل العرف و لم یعتبر فی تأثیره عنده غیر ما اعتبر فیه عندهم کما ینزل علیه إطلاق کلام غیره حیث إنه منهم و لو اعتبر فی تأثیره ما شک فی اعتباره کان علیه البیان و نصب القرینه علیه و حیث لم ینصب بان عدم اعتباره عنده أیضا و لذا یتمسکون بالإطلاق فی أبواب المعاملات مع ذهابهم إلی کون ألفاظها موضوعه للصحیح. نعم لو شک فی اعتبار شیء فیها عرفا فلا مجال للتمسک بإطلاقها فی عدم اعتباره بل لا بد من اعتباره لأصاله عدم الأثر بدونه فتأمل جیدا.

اسامی معاملات برای خصوص صحیح (عقد مؤثّر) وضع شده، ولی مؤثّریت نزد متعاملین، عرف و شرع متفاوت است و محقّق اثر در نظر شارع غیر از محقق اثر در نظر عرف است در نهایت می فرماید «فافهم» که قاعدتاً اشاره به همان مطلبی است که در ردّ کلام شیخ قدس سره - بیان کردیم و آن این که لازمه ی این کلام، اعتراف به آن است که در صدق بیع، صحّت عند المتبایعین کافی است و بیش از آن لازم نیست و بدین معناست که لفظ «بیع» حتی برای صحیح عند العقلاء وضع نشده؛ فضلاً از این که برای صحیح عند الشارع وضع شده باشد! بله صحّت عند العقلاء یا عند الشارع در صورت تحقّق، خارج از موضوعٌ له نیست.

مرحوم آخوند قدس سره - سپس با قبول ضمنی عدم جواز تمسّک به اطلاق لفظی در فرض اراده ی صحّت شرعی از الفاظ معاملات در اطلاقات، راه حلّی ارائه می کنند تا بتوان موارد مشکوک را تصحیح کرده و احراز امضاء شارع کرد و آن از طریق تمسّک به اطلاق مقامی است، هر چند به این عنوان تصریح نمی کنند.

اطلاق مقامی قسیم اطلاق لفظی است. اطلاق لفظی آن است که کلامی در مقام بیان تمام مراد متکلم صادر شده و مشتمل بر مقسمی است که قابلیت انطباق بر همه ی افراد از جمله موارد مشکوک را دارد و قیدی هم برای آن ذکر نشده است(۱)؛

۱- البته مرحوم آخوند قدس سره - قید دیگری نیز برای تمسّک به اطلاق لفظی اضافه می کنند و آن این که باید قدر متیقن در مقام تخاطب وجود نداشته باشد. • کفایه الأصول، ص۲۴۸: ثالثتها انتفاء القدر المتیقن فی مقام التخاطب و لو کان المتیقن بملاحظه الخارج عن ذاک المقام فی البین فإنه غیر مؤثر فی رفع الإخلال بالغرض لو کان بصدد البیان کما هو الفرض فإنه فیما تحققت لو لم یرد الشیاع لأخل بغرضه حیث إنه لم ینبه مع أنه بصدده و بدونها لا یکاد یکون هناک إخلال به حیث لم یکن مع انتفاء الأولی إلا فی مقام الإهمال أو الإجمال و مع انتفاء الثانیه کان البیان بالقرینه و مع انتفاء الثالثه لا إخلال بالغرض لو کان المتیقن تمام مراده فإن الفرض أنه بصدد بیان تمامه و قد بینه لا بصدد بیان أنه تمامه کی أخل ببیانه فافهم.

مثلاًـ در «اکرم العالم» متکلم در مقام بیان تمام مقصود خود، لفظ «العالم» را که قابلیت صدق بر همه ی افراد عالم دارد به کار برده و قیدی هم برای آن ذکر نکرده، لذا در موارد شک در شمول آن نسبت به عالمی خاص مانند عالم صرفی می توان به اطلاق لفظی «العالم» تمسک کرده و حکم به وجوب اکرام عالم صرفی داد.

امّا در اطلاق مقامی کلام مشتمل بر مَقسمی که قابل انطباق بر همه ی افراد بوده و موارد مشکوک را شامل شود وجود ندارد، ولی چون متکلّم در مقام شمارش و بیان تمام قیود یا اجزاء و شرائط یک مرکّب می باشد و موارد مشکوک داخل موارد مذکور نیست، پس می توانیم بگوییم موارد مشکوک، از اجزاء و شرائط آن مرکّب نیست؛ مثلًا اگر در مقام تَعداد اجزاء نماز، فقط هشت جزء مانند تکبیر، قرائت حمد، قرائت سوره، رکوع، سجود، تشهد، تسبیحات اربعه و سلام را بیان فرمود و مثلاً قنوت را که شک در جزئیت آن داریم ذکر نکرد، می توانیم با تمسّک به اطلاق مقامی جزئیت آن را دفع کنیم؛ زیرا در مقام بیان تمام اجزاء بوده و فقط هشت جزء را بیان فرموده، پس معلوم می شود جزء دیگری دخیل نیست و نماز فقط از هشت جزء تشکیل شده است و الا عُقلاءاً لازم بود بیان بفرماید.

تقریب کلام آخوند - رحمه الله علیه - در ما نحن فیه آن است که حتّی با فرض وضع اسامی معاملات برای صحیح عند الشارع و استعمال آن به همین وجه در اطلاقات و عمومات و در نتیجه عدم جواز تمسک به اطلاق لفظی در موارد مشکوک، می توانیم به اطلاق مقامی تمسّک کرده و موارد مشکوک را تصحیح کنیم؛ زیرا:

اوّلاً: فرض آن است که مولی در مقام بیان بوده و می خواهد مخاطبین و هر کسی را که کلامش به او واصل می شود به نظراتش در رابطه با آن معامله راهنمایی کند؛ مثلاً آیه ی شریفه ی (أَحَلَّ اللهُ البَیع) در مقام بیان حلّیت وضعی «بیع» بوده و شارع از این طریق می خواهد نظر خودش را به دیگران برساند.

ثانیاً: تنها راه رسیدن به حدود و ثغور بیع صحیحِ مورد نظر شارع، از طریق بیان خود شارع است؛ مثلا اگر عربیّت در صیغه ی بیع را لازم می داند باید خود شارع به گونه ای آن را بیان کند و الا راه دیگری برای رسیدن به این مقصود شارع وجود ندارد.

ثالثاً: گرچه شارع اسامی معاملات را در صحیح به کار برده و حتی حقیقت شرعیه شده است، ولی همان مفهوم عرفی اسامی معاملات را اخذ کرده و اندکی جرح و تعدیل و دست کاری کرده، سپس اسم عرفی آن را به مفهوم دست کاری شده منتقل نموده است.

با توجه به این سه مقدمه می توان ادعا کرد که ظهور حالی پیدا می شود شارع در مورد شرائط و موانع بیع و سایر عقود، در غیر آن چه خود بدان تصریح کرده، به عرف احاله داده است. به عبارت دیگر مواردی که شارع تصریح به دخالت آن به نحو شرط یا مانع کرده مثلا غرر و ربوی بودن را نفی کرده معلوم است که باید به آن اخذ کرد، امّا موارد مشکوک را که دلیلی بالخصوص در مورد آن ذکر نکرده مانند شک در دخالت عربیّت در صیغه نزد شارع به عرف احاله داده و از آن جا که عرف عربیّت را دخیل نمی داند، پس شارع نیز عربیّت را دخیل نمی داند. بنابراین در موارد شک در اعتبار چیزی در بیع یا سایر عقود می توان با اطلاق مقامی اعتبار آن را دفع کرد.

و این نظیر رجوع به عرف است در کیفیت تطهیر بدن یا سایر اشیاء در موارد شک در اعتبار قیدی در آن؛ زیرا گر چه مراد از تطهیر در مثل «طَهِّر ثوبک» یا

«طَهِّر بـدنک» تطهیر شـرعی است؛ نه تطهیر عرفی محض زیرا عرف مثلاًـ تطهیر بـا الکل را نیز تطهیر می دانـد در حالی که می دانیم شارع تطهیر با آب را لازم می دانـد امّا با این حال کیفیت تطهیر و غَسل را که از بالا آب ریخته شود یا به گونه ی دیگر، بیان نفرموده و به عرف محوّل کرده است.

مرحوم آخوند سپس می فرماید: مشهور که قائلند الفاظ برای صحیح وضع شده و در عین حال در موارد مشکوک به اطلاقات تمسّک می کنند، مقصودشان اطلاق مقامی است؛ نه اطلاق لفظی.

نقد شهید صدر قدس سره – بر نظریّه ی تحقّق اطلاق مقامی در ادلّه ی معاملات

شهید صدر کلام آخوند قدس سرهما - را مورد نقد قرار داده که خلاصه ی آن چنین است(۱): اگر شارع تنها با خطاب (أَحَلَّ اللهُ البَیع) در صدد بیان تمام مرادش باشد،

۱- بحوث فی علم الأصول، ج ۱، ص۲۱۲: الجهه الثالثه فی ثمره النزاع: لاـ إشکال فی عـدم انعقـاد الإطلاـق اللفظی فی أدله المعاملات بنـاء علی القول بوضـعها للصـحیح کما هو الحال فی أسـماء العبادات بناء علی وضـعها للصـحیحه، إلا أنَّه علی القول بـالوضع للصـحیح الشـرعی لاـ ینعقـد إطلاـق لفظی أصـلًا، و علی القول بـالوضع للصـحیح العقلائی ففیما یشک فی اعتباره عند العقلاء فقط لا ما یحرز عـدم اعتباره عندهم و یشک فی اعتباره شـرعاً. و لکن قد یعوّض عن الإطلاق اللفظی بدلاله أخری ینفی بها احتمال اعتبار القید المشـکوک و یمکن تقریبها بأحد نحوین: ۱) التمسّک بدلاله الاقتضاء فی دلیل إمضاء المعامله، إذ لو لم یکن الإمضـاء مطلقـاً لزم لغویه الخطـاب عرفاً. و فیه: انَّ الإطلاق بملاک صون الکلام عن اللغویه موقوف علی عـدم وجود قـدر متیقّن الصـحه لمفاد الـدلیل؛ کما هو کذلک بالنسـبه إلی المعامله الواجده لتمام ما یحتمل دخله فی صـحتها شـرعاً. ۲) التمسّک بالإطلاـق المقـامی یقوم علی أسـاس ظهور حـال الشـارع عنـد تصـدّیه لإمضـاء معـامله دائره بین العقلاء فی الإحاله علی العرف العقلاـئی بالنسـبه إلی مـا سـکت عنه. و هـذا التقریب و إن کان أحسن حالاً من سابقه، لکنَّه موقوف علی إحراز تصـدی المولی لبیان تمام مرامه بشخص ذلک الخطاب لا بمجموع خطاباته کما هو طریقته فی الردع. و اما استکشاف الإمضاء الشرعی من عدم وصول الرادع مع الحاجه إلیه فهو اعتماد علی دلیل لبّی لیس فیه امتیازات الدلیل اللفظی کما هو واضح.

در این صورت تمسک به اطلاق مقامی در موارد شک در اشتراط و اعتبار امری بـدون اشکال است؛ زیرا با فرض این که تنها با این خطاب در صدد بیان تمام مرادش است به این معناست که موارد مشکوک را به عرف احاله داده است.

امّا اگر شارع با مجموع خطابات خود یعنی (أَحَلَّ اللهُ البَیع) و مقیّدات منفصله ی آن در صدد بیان تمام مرادش باشد که در واقع نیز چنین است در صورتی می توان در موارد مشکوک به اطلاق مقامی تمسّک کرد که به مجموع کلمات و مقیداتی که از شارع درباره ی (أَحَلَّ اللهُ البَیع) صادر شده احاطه پیدا کرده و اطمینان حاصل نمود که شارع مقیّد دیگری را نفرموده است. در این صورت می توان گفت شارع چون در مقام بیان بوده و بیش از مواردی که فحص شد نفرموده، پس بقیه ی موارد را به عرف احاله داده و از آن جا که عرف آن مورد مشکوک را معتبر نمی داند پس کشف می شود شارع نیز معتبر نمی داند.

امّا چنین احاطه ای به تمام آن چه شارع درباره ی (أَحَلَّ اللهُ البَیع) فرموده ممکن نیست؛ زیرا بعد از فحص و احاطه به آن چه به دست ما رسیده، باز بالوجدان این احتمال وجود دارد که شارع مقیّد دیگری را نیز فرموده ولی به دست ما نرسیده است(۱) و راهی برای اثبات این که شارع هر آن چه درباره ی (أَحَلَّ اللهُ البَیع) فرموده به دست ما رسیده وجود ندارد.(۲)

۱- إن قلت: از آن جا که متشرعه هر روز با بیع سر و کار داشته و دارند، اگر مورد مشکوک جزء مقیّدات بود حتماً به ما می رسید، لذا اطمینان وجود دارد مورد مشکوک جزء مقیّدات شارع نبوده است. قلت: اگر چنین اطمینانی وجود داشت فقهاء این قدر در مثل اشتراط صیغه، بحث نمی کردند که مثلاً ـ آیا صیغه شرط است یا نه؟! علاوه آن که این بحث اختصاص به بیع ندارد و شامل همه ی عقود حتّی عقود غیر شایعه می شود.

۲- إن قلت: با تمسّک به «رُفِع ما لا یعلمون» می توان احراز کرد که شارع مقیّد دیگری نفرموده است. قلت: اولاً: ما به دنبال تمسک به اطلاق مقامی که دلیل اجتهادی است می باشیم در حالی که برائت دلیل فقاهی است و مرتبه ی آن متأخر از دلیل اجتهادی می باشد. ثانیاً: عده ی زیادی قائلند «رفع ما لا یعلمون» در احکام وضعیه جاری نیست؛ چراکه «رفع ما لا یعلمون» برای رفع چیزی که ثقل برای مکلف ایجاد می کند وارد شده و اگر ثقلی ایجاد نکند با آن برداشته نمی شود. لذا چون عمل «بیع» واجب نیست و ثقلی برای مکلف ندارد «رفع ما لا یعلمون» در آن کاربرد ندارد. از حیث صحت بیع و ترتب اثر بر آن نیز گرچه ممکن است برای بعضی صحّت منّت باشد و رفع شرطیّت و مانعیّت چیزی برای او مفید باشد، ولی در عین حال چه بسا برای طرف او خلاف منّت باشد و به واسطه ی فقدان امری بطلان بیع برای او مفید باشد، لذا نمی توان قاعده ی کلی ارائه داد که شمول حدیث رفع همیشه مطابق امتنان برای بایع و مشتری هر دو باشد. به همین خاطر در شک در اعتبار چیزی در معاملات، اگر دلیل اجتهادی مانند عموم یا اطلاق وجود داشته باشد به آن تمسّک می کنند و الا استصحاب عدم ترتب اثر جاری می کنند. هر چند با همه ی این ها باز کلامی داریم که إن شاء الله در جای خود بیان خواهیم کرد.

نقد اشکال شهید صدر قدس سره –

خدمت شـهید صدر اعلی الله مقامه عرض می کنیم: اگر اشـکال شما بر تمسّک به اطلاق مقامی به خاطر احتمال وجود مقیّدی که به دست مـا نرسـیده وارد باشـد، بر اطلاـق لفظی هم وارد خواهـد بود؛ چراکه در اطلاق لفظی نیز تمسّک به آن وقتی جایز است که متکلّم مقیـدی چه به نحو متصل و چه به نحو منفصل برای آن ذکر نکرده باشد. بنابراین از آن جا که در اطلاق لفظی نیز احتمال وجود مقیّـد منفصل که به دست ما نرسـیده باشد وجود دارد، نمی توان در موارد مشـکوک به اطلاق تمسّک کرد، در حالی که همه ی فقهاء و خود شما در چنین مواردی به اطلاق تمسک می کنید.

به عنوان مثال اگر شارع فرموده باشـد: «اکرم العالم» و با قیـدهای منفصل برخی را خارج کرده باشـد؛ مثلاً گفته باشد «لا تکرم العـالم الفـاسق»، «لاـ تکرم العـالم النحوی» و «لاـ تکرم العـالم الصـرفی» و مـا شک کنیم آیا «عالم مرتکب خلاف مروّت» را نیز خارج کرده یا نه، همه قبول دارند در این جا می توان با تمسّک به اطلاق «اکرم العالم» قید مشکوک را دفع کرده و اثبات کرد عالم مرتکب خلاف مروّت نیز واجب الاکرام است، در حالی که این احتمال وجود دارد که شارع

«عالم مرتکب خلاف مروّت» را خارج کرده باشد ولی به دست ما نرسیده است.

بلکه بالاتر، اگر روایت غیر حجّت بر عدم جواز یا عدم وجوب اکرام عالم مرتکب خلاف مروّت قائم شده باشد، می گویند: از آن جا که این روایت حجّت نیست، نمی توان از اطلاق «اکرم العالم» که حجّت است دست برداشت و گفت: عالم مرتکب خلاف مروّت واجب الاکرام نیست!

بنابراین در اطلاق مقامی نیز باید همانند اطلاق لفظی بیان کرد که اگر اطلاق مقامی، ظهوری هر چند حالی و مقامی ایجاد می کند که متکلّم در مقام بیان تمام مرادش است و در مقام تَعداد اجزاء، شرائط و موانِع مرکّب مثلاً پنج مورد را می شمارد، معلوم می شود غیر از آن پنج مورد در مرکّب دخیل نیست و از این جهت هیچ تفاوتی با اطلاق لفظی ندارد و صرف این که در اطلاق لفظی مَقسم تطبیق می کند و در اطلاق مقامی لفظ تطبیق نمی کند فارق نیست.

بنابراین همین اندازه که بعد از فحص، ظفر به مقید پیدا نکردیم می توانیم به اطلاق مقامی که همان ظهور مقامی است تمسک کرده و اعتبار مشکوک را در بیع دفع کنیم.(۱)

۱- به این دو مثال توجه بفرمایید: مثال ۱: مولا در خطاب های منفصلی اجزاء نماز را بیان می کند؛ مثلاً می فرماید: «التکبیر و قراءه الفاتحه من اجزاء الصلاه» در دلیل دیگر می فرماید: «الرکوع و السجود من اجزاء الصلاه» و در دلیل دیگر می فرماید: «التشهد و السلام من أجزاء الصلاه». مثال ۲: مولا به این نحو اجزاء صلاه را بیان می کند و می فرماید: «اجزاء الصلاه هی التکبیر و قراءه الفاتحه و الرکوع و السجود و السلام» و در دلیل منفصل دیگری می فرماید: «التشهد من أجزاء الصلاه». حال اگر شک کنیم قرائت سوره از أجزاء نماز است، آیا در مثال اول می توان به اطلاق مقامی تمسک کرد یا فقط جای تمسک به برائت است؟ به نظر می رسد در مثال اول چون ظهوری نسبت به هیچ یک از خطابات مولا در این که تمام مراد خود را بیان می کند منعقد نمی شود، بلکه استفاده می شود مولا با خطابات مختلف می خواهد اجزاء نماز را بیان کند، اطلاق مقامی منعقد نمی شود تا بتوان موارد مشکوک را با تمسک به آن دفع کرد. به خلاف مثال دوم که در خطاب اول این ظهور منعقد می شود که مولا در مقام بیان تمام مراد خود می باشد لذا اطلاق مقامی منعقد می شود. بنابراین اگر در دلیل منفصل دیگری جزء دیگری را بیان کند به آن تمسک می شود، ولی أجزاء مشکوک با تمسک به اطلاق مقامی دفع می شود. با توجه به این دو مثال به نظر می رسد مقصود شهید صدر قدس سره - که می فرماید: «و هذا التقریب و إن کان أحسن حالاً من سابقه، لکنّه موقوف علی إحراز تصدی المولی لبیان تمام مرامه بشخص ذلک الخطاب لا بمجموع خطاباته کما هو طریقته فی الردع. و اما استکشاف الإمضاء الشرعی من عدم وصول الرادع مع الحاجه إلیه فهو اعتماد علی دلیل لبّی لیس فیه امتیازات الدلیل اللفظی کما هو واضح.» این باشد که اگر نفس خطاب به گونه ای است که ظهور دارد در این که مولا تمام مرادش را به نفس آن خطاب بیان می کند، اطلاق مقامی منعقد می شود و این منافات ندارد که در دلیل منفصل دیگری قید و جزئی را اضافه کند، لذا در موارد مشکوک می توان به اطلاق مقامی تمسک کرد. اما اگر هیچ یک از خطابات به گونه ای نیست که ظهور داشته باشد مولا در مقام بیان تمام مراد خود می باشد، بلکه با مجموع خطابات آن را بیان می کند، اطلاق مقامی منعقد نمی شود،

لـذا در مـوارد مشـکوک نمی تـوان بـا تمسـک به اطلاـق مقـامی آن را دفع کرد، بلکه از آن جـا که بـا مجموع خطابـات خود مقصودش را بیان می کند ممکن است مورد مشکوک جزء خطابات شارع بوده باشد که به دست ما نرسـیده است. لذا فقط از طریق برائت می توان آن را دفع کرد. حضـرت استاد دام ظله در پاسخ به این کلام فرمودند: اگر ظهور حال متکلّم در آن باشد که می خواهـد همه ی مطالب خود را با یک خطاب اصـلی و مفسّـِرات بعدی آن بیان کند و با فرض آن که می تواند مقیّدات را به گونه ای إلقاء کند که اگر مخاطب فحص کند به آن ظفر می یابد، این کافی است در اطلاق مقامی. (امیرخانی)

و اگر بخواهیم مسأله را ریشه ای تر بررسی کنیم که چرا در اطلاق لفظی با احتمال وجود مقیّدی که به دست ما نرسیده، تمسّک به اطلاق می شود، می توان پاسخ آن را در ضمن بحثی که مرحوم آخوند در بحث تعادل و تراجیح گشوده و «بعضی از مواردی که گفته شده از باب تعارض نیست، ولی در حقیقت از باب تعارض است» را مطرح کرده یافت.

مرحوم آخوند می فرماید(۱): اگر نسبت عامی با مطلق، عموم و خصوص من

۱- کفایه الأصول، ص۴۵۰: قیل فی ترجیح ظهور العموم علی الإطلاق و تقدیم التقیید علی التخصیص فیما دار الأمر بینهما من کون ظهور العام فی العموم تنجیزیا بخلاف ظهور المطلق فی الإطلاق فإنه معلق علی عدم البیان و العام یصلح بیانا فتقدیم العام حینئذ لعدم تمامیه مقتضی الإطلاق معه بخلاف العکس فإنه موجب لتخصیصه بلا وجه إلا علی نحو دائر و من أن التقیید أغلب من التخصیص. و فیه: أن عدم البیان الذی هو جزء المقتضی فی مقدمات الحکمه إنما هو عدم البیان فی مقام التخاطب لا إلی الأبد و أغلبیه التقیید مع کثره التخصیص بمثابه قد قیل ما من عام إلا و قد خص غیر مفید فلا بد فی کل قضیه من ملاحظه خصوصیاتها الموجبه لأظهریه أحدهما من الآخر فتدبر.

وجه باشـد، مثل «اکرم کلّ عالم» و «لا تکرم الفاسق» در ماده ی اجتماع یعنی «عالم فاسق» تعارض رخ می دهد؛ چراکه عام می گوید واجب الاکرام است و مطلق بیان می کند واجب الاکرام نیست.

بعضی از جمله شیخ انصاری(۱) قـدس سره - در این جا فرموده اند: تعارض به نفع عام حل می شود؛ چون دلالت لفظ عام بر عموم به نحو تنجیزی است، ولی دلالـت لفـظ مطلق بر شـمول و اطلاق به نحو تعلیقی است؛ یعنی معلّق بر این است که بیانی بر خلافش نباشـد و از آن جا که عام بیان بر خلافش است پس عام به عموم خود باقی می ماند و نتیجه این می شود که اکرم کلّ عالم و لو کان فاسقاً.

۱- فرائـد الاـصول، ج ۴، ص۹۷: و منهـا تعـارض الإطلاـق و العموم فیتعـارض تقییـد المطلق و تخصـیص العام و لا إشـکال فی ترجیـح التقییـد علی ما حققه سـلطان العلماء من کونه حقیقه لأن الحکم بالإطلاق من حیث عـدم البیان و العام بیان فعـدم البیان للتقییـد جزء من مقتضـی الإطلاـق و البیـان للتخصـیص مـانع عن اقتضـاء العـام للعمـوم. فـإذا دفعنـا المـانع عن العموم بالأصـل و المفروض وجود المقتضـی له ثبت بیـان التقییـد و ارتفع المقتضـی للإطلاـق فـالمطلق دلیل تعلیقی و العام دلیل تنجیزی و العمل بالتعلیقی موقوف علی طرح التنجیزی لتوقف موضوعه علی عدمه فلو کان طرح التنجیزی متوقفا علی العمل بالتعلیقی و مسببا عنه لزم الـدور بـل هو یتوقف علی حجه أخری راجحه علیه فالمطلق دلیل تعلیقی و العام دلیل تنجیزی. و أما علی القول بکونه مجازا فالمعروف فی وجه تقدیم التقیید کونه أغلب من التخصـیص. و فیه تأمل نعم إذا استفید العموم الشمولی من دلیل الحکمه کانت الإفاده غیر مستنده إلی الوضع کمذهب السلطان فی العموم البدلی و مما ذکرنا یظهر حال التقیید مع سائر المجازات.

مرحوم آخونـد در پاسخ به کلام شـیخ قدس سـره – می فرماید: مطلق در قوّه ی عام است؛ زیرا عدم بیانی که جزء مقتضـی در مقـدمات حکمت است و حجیت مطلق بر آن معلّق است، مراد عدم بیان در مقام تخاطب است؛ نه عدم بیان الی الأبد. لذا چون در مقـام تخاطب قیـدی نیست و عام خارج از تخاطب است، پس مطلق و عام با هم درگیر شـده و در مادّه ی اجتماع تعارض و تساقط می کنند.

این کلاـم آخونـد که حجیت مطلق معلّق بر عـدم بیان در مقام تخاطب است؛ نه إلی الأبـد را اگر بپـذیریم مسأله حل می شود، ولی مـا این مبنـا را قبول نـداریم، بلکه پاسـخ دیگری داریم که خلاـصه ی آن چنین است: سـیره ی عقلاء بر این قائم است که وقتی مطلقی از متکلّمی صـادر می شود آن را حجّت می داننـد، مگر آن که حجّتی بعـداً هر چنـد بـا فاصـله بر خلاف آن قائم شود و فرقی نمی کنـد که آن اطلاق لفظی باشد یا مقامی. تفصـیل این مطلب را در اصول در بحث تعادل و تراجیح ذکر کرده ایم.

خلاصه ی کلام در جواز یا عدم جواز تمسّک به اطلاق ادلّه ی معاملات

پس خلاصه ی کلام در تمسّک به اطلاق ادلّه ی معاملات این شد که حتی اگر اسامی معاملات برای خصوص صـحیح وضـع شده باشد مانعی از تمسّک به اطلاق مقامی نه اطلاق لفظی وجود ندارد.

ولی با توضـیحاتی که قبلاً ارائه کردیم معلوم شد که اصـلاً نوبت به اطلاق مقامی نمی رسد؛ زیرا بیع و سایر معاملات مفهومی عرفی است که از ابتدای حیات بشریّت بوده و قرآن کریم هر جا این الفاظ را به کار می برد، مانند (أَحَلَّ اللهُ البَیع وَ حَرَّمَ الرِّبا)، (إلاـ أنْ تَکونَ تِجـارةً عَنْ تَراضٍ مِنکُم)، (أوفُوا بِالعُقُود)، (وَ أنکِحوا الأیامی مِنْکُمْ) و ... در همان معنای عرفی آن اسـتعمال می کنـد، نهـایت آن که در بعضـی موارد قیودی را اضافه می کنـد که موجب تضـییق آن می شود. لـذا مانعی از تمسّک به اطلاق لفظی وجود ندارد.

و این که اکثر از جمله مرحوم آخوند قدس سره - قائل شدند بیع و سایر الفاظ معاملات اسم برای سبب است؛ نه مسبّب؛ چراکه اگر برای مسبّب وضع شده باشد دیگر متصف به صحّت و فساد نمی شود و مرادشان از سبب، بیع به معنای مصدری(۱) (عقد) است و مرادشان از مسبّب، بیع به معنای اسم مصدری (ملکیّت حاصل از عقد) است(۲) بیان کردیم که اصلاً سبب و مسبّبی در بیع و سایر معاملات وجود ندارد، بلکه «بیع» اسم برای فرآیندی است که از مجموع صیغه یا «ما یقوم مقامها»، قصد تملیک و قبول مشتری محقق می شود(۳) و از لحاظ عرفی می تواند متصف به صحّت و فساد شود، هر چند در نظر متبایعین همیشه صدق بیع مساوی با صحت است. علاوه آن که مصدر و اسم مصدر حقیقتاً واحد بوده و اعتباراً تفاوت دارند، لذا نمی تواند یکی به عنوان سبب و دیگری به عنوان مسبّب باشد؛ زیرا سبب و مسبّب حقیقتاً متفاوت بوده و مسبّب از سبب حاصل می شود.

بحمد الله بحث تحلیل بیع به اتمام رسید و در ادامه، بحث «معاطات» را خواهیم داشت إن شاء الله.

۱- حاشیه المکاسب (للآخوند)، ص۹: قوله (ره): (فیستدلّ بإطلاق الحکم یحله- إلخ-): أی یستدل بإطلاقه علی کون البیع الإنشائی، بمثل (بعت)، علی إطلاقه، من دون اعتبار ما شکّ فی اعتباره، یکون مؤثّرا نافذا، غایه الأمر، قد علم تقییده بالقبول. و من هنا ظهر انّه علی الوجهین، یکون المراد بالبیع، هو السبب القابل للاتصاف بالصحه، و الفساد. و الفرق بینهما [أی بین الصحه و الفساد] انّما یکون بالتّمامیّه، و النّقصان. فافهم.

۲- گرچه شیخ قدس سره - می فرماید: إن المسبّب هو الاثر الحاصل فی نظر الشارع لأنّه المسبّب عن العقد.

۳- شیخ قدس سره - نیز طبق مبانی خود فرموده است که ملکیت عند المتبایعین به نفس إنشاء موجِب حاصل می شود و دیگر مسبّب نیست. • المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص۱۸: و الظاهر أنّ المسبّب هو الأثر الحاصل فی نظر الشارع؛ لأنّه المسبّب عن العقد، لا النقل الحاصل من فعل الموجِب؛ لما عرفت من أنّه حاصل بنفس إنشاء الموجِب من دون توقّف علی شیءٍ، کحصول وجوب الضرب فی نظر الآمر بمجرّد الأمر و إن لم یَصر واجباً فی الخارج فی نظر غیره.

مبحث معاطات

اشاره

بیع در یک تقسیم بندی به بیع بالصیغه (صیغه ی لفظی) و بیع بالفعل (معاطاتی) تقسیم می شود.

در بیع بالصیغه الفاظی که لغةً برای بیع وضع شده مانند «بعتُ» و «اشتریتُ» در إنشاء بیع به کار گرفته می شود. در این که الفاظ غیر صریح نیز می تواند محقّق بیع بالصیغه باشد اختلاف است.

ولی در بیع بالفعل و معاطاتی، متعاطیین الفاظی را که مفید بیع بوده و عرفاً برای تحقق بیع وضع شده به کار نمی برند هر چند ممکن است الفاظ دیگری به کار ببرند بلکه هر یک در مقابل کالایی که اخذ می کنند عوض إعطاء می کنند.(۱)

لذا عدّه ای معاطات را این گونه تعریف کرده اند: «أن یُعطی کلٌّ من اثنین عوضاً عمّا یأخذه من الآخر»(۲)

۱- در تنبیه دوم معاطات خواهد آمد که تعاطی از طرفین فرض متیقّن از معاطات است.

۲- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص۲۳: الکلام فی المعاطاه: اعلم أنّ المعاطاه علی ما فسّره جماعه: أن یعطی کلٌّ من اثنین عوضاً عمّا یأخذه من الآخر، و هو یتصوّر علی وجهین: أحدهما: أن یبیح کلٌّ منهما للآخر التصرّف فیما یعطیه، من دون نظر إلی تملیکه. الثانی: أن یتعاطیا علی وجه التملیک. و ربما یذکر وجهان آخران: أحدهما: أن یقع النقل من غیر قصد البیع و لا تصریحٍ بالإباحه المزبوره، بل یعطی شیئاً لیتناول شیئاً فدفعه الآخر إلیه. الثانی: أن یقصد الملک المطلق، دون خصوص البیع.

مقصود از «اعطاء» و «أخـذ» در معاطات، إعطاء و اخـذ قصـدی و اختیاری است؛ نه اعطاء و اخـذ غیر قصـدی. پس اگر عن غیر قصدٍ و اختیارٍ چیزی را به دیگری بدهد یا اخذ کند حتی اگر لفظ «اعطاء» یا «أخذ» بر عمل صادق باشد معاطات مصطلح بر آن صدق نمی کند.

صور معاطات

مرحوم شیخ می فرماید: معاطات به دو وجه قابل تصوّر است؛ یعنی قصدی که متعاطیین می کنند به دو صورت می تواند باشد:

۱) أن یبیح کلٌّ منهما للآخر التصـرّف فیما یعطیه، من دون نظر إلی تملیکه؛ هر یک از متعاطیین فقط قصد اباحه و جواز تصرف برای دیگری داشته و قصد تملیک نداشته باشند.

۲) أن یتعاطیـا علی وجه التملیـک؛ هر یـک از متعـاطیین بـا قصـد تملیـک به دیگری اعطاء کننـد؛ مثلاً زیـد کتابش را به قصـد تملیک به عمرو بدهد و عمرو نیز به قصد تملیک ثمن را به زید بدهد.

دو وجه دیگر برای تصویر معاطات

دو وجه(۱) دیگر برای معاطات تصویر شده است:

۱- جواهر الکلام فی شـرح شرائع الإسلام، ج ۲۲، ص۲۲۷: ثالثها: أن یقع الفعل من المتعاطیین من غیر قصـد البیع، و لا تصـریح بالإبـاحه المزبوره بل یعطی البقال مثلا شـیئا لیتناول عوضه فیـدفعه إلیه و لعل القائل باشتراط الصـیغه فی البیع، یشـرعه أیضا علی جهه الإبـاحه التی هی کالأصـل فیما یقصـد به مطلق التسـلیط، فغیرها محتاج إلی قصـد آخر بخلافها، فإنه یکفی فیها قصـد هـذا التسـلیط المطلق، و یمکن أن یکـون هـذا مراد الشـیخ و غیره فی المثـال الـذی ذکروه من إعطـاء البقلی شـیئا، أو یکون مرادهم الصوره الأولی و علی کل حال، فالقول بمشـروعیته عندهم ممکن، بل لعل القائل بعدم شـرطیه الصـیغه یشـرعه أیضا کذلک أی علی الإباحه، ضـروره عـدم إمکان جعله بیعا بعد فرض عدم قصد التسـلیط علی جهه الملک. رابعها: أن یقصد الملک المطلق، و لا ریب فی فساده عند من اعتبر الصیغه الخاصه فی ملک المعاوضه، لانتفاء المشروط حینئذ بانتفاء شرطه أما القائل بعدم اشتراطه فقـد یقول بصـحته و تنزیله علی البیع، بنـاء علی أنه الأصـل فی نقل الأعیان، و لا یخرج عنه إلا بقصـد غیره، کما صـرح به بعض مشایخنـا، لکن قـد ینـاقش فی ثبوت الأصـل المزبور بعـدم الـدلیل علیه، و مطلق النقـل جنس مشـترک بینه و بین الصـلح و الهبه بعوض فلاـ یتشـخص إلاـ بقصـده، و لـذا لاـ یکفی فی صـیغه البیع ملکتک و نحوها و قـد یقول بصـحته علی أن یکون من الهبه المعوضه، و فیه أنهـا محتـاجه إلی القصـد أیضا، و أولی من ذلک دعوی کونها معاوضه مستقله لا تـدخل تحت اسم شـی ء من المعاوضـات، لکن فیه أنه لاـ دلیل علیه، بل ظاهر حصـر الأصـحاب النواقل فیما ذکروه من الأمور المخصوصه خلافه، مضافا إلی أصاله عدمه، اللهم إلا أن یستند فیه إلی السیره، و إن کان دون إثباتها علی وجه تکون معتبره خرط القتاد.

۳) أن یقع النقل من غیر قصد البیع و لا تصریحٍ بالإباحه المزبوره، بل یعطی شیئاً لیتناول شیئاً فدفعه الآخر إلیه؛ متعاطیین نه قصد بیع داشته باشند و نه قصد إباحه(۱)، بلکه قصدشان این باشد که چیزی بدهند تا چیزی به دست آورند، طرف مقابل نیز آن را تحویل دهد.

۴) أن یقصد الملک المطلق، دون خصوص البیع؛ متعاطیین قصد تملیک مطلق کنند، نه مِلک ناشی از خصوص بیع؛ یعنی مُعطی به قصد این که شیء ملک مطلق آخذ شود نه ملک ناشی از بیع إعطاء می کند، آخذ نیز عوض را به قصد این که مِلک مطلق مُعطی شود می دهد.

شیخ – رحمه الله علیه – هر دو وجه مذکور را مورد مناقشه قرار می دهد.

۱- یعنی قصد هیچ یک از عناوین خاصه مانند بیع، هبه، اجاره، عاریه و ... نداشته باشند.

مناقشه ی شیخ قدس سره – در وجه سوم

شیخ – رحمه الله علیه – در مناقشه ی وجه سوم می فرماید(۱): این که معاطات بدون قصد تملیک و بدون قصد اباحه واقع شود معقول(۲) نیست؛ زیرا به هر حال قصد معطی خالی از یکی از عناوین خاصّه نیست؛ چون قصد معطی از إعطاء شیء یا آن است که ملک آخذ شود و در مقابل، عوض آن را بگیرد که این همان بیع است، یا قصد می کند منافعش را مجاناً استفاده کند و عین را مالک نشود که همان عاریه است، یا قصد می کند که آخذ برای او نگهداری کند و هیچ استفاده ای از آن نکند که همان ودیعه است، یا قصد می کند که ملک آخذ شود با جبران خسارت که همان قرض است، یا قصد می کند ملک آخذ شود مجاناً که هبه است، یا قصد می کند ملک آخذ شود مجاناً به شرط این که آخذ نیز مجاناً چیزی تملیک کند که هبه ی معوّضه است، یا با سازش توافق می کند ملک آخذ شود که صلح است و ... . بنابراین از آن جا که فعل اختیاری بدون قصد ممکن نیست، قصد معطی نمی تواند از یکی از عناوین مذکور خالی باشد.

اشکال بعضی بر مناقشه ی شیخ در وجه سوم

اشاره

بعضی(۳) بر مناقشه ی شیخ در وجه سوم اشکال کرده و گفته اند: وجه سوم

۱- المکاسب المحرمه (ط – الحدیثه)، ج ۳، ص۲۳: و یردّ الأوّل: بامتناع خلوّ الدافع عن قصد عنوان من عناوین البیع، أو الإباحه، أو العاریه، أو الودیعه، أو القرض، أو غیر ذلک من العنوانات الخاصّه.

۲- مراد از معقول نبودن امتناع عقلی نیست، بلکه امتناع عملی است.

۳- حاشیه المکاسب (للإیروانی)، ج ۱، ص۷۶: ثم إنّ معقولیّه هذا القسم یکون بأحد وجهین: الأوّل: أن یقصد کلّ منهما بإعطائه الإعراض و رفع الید عن الملک بالفکّ و التحریر من غیر ربطه بصاحبه و تملیکه إیّاه و إنّما صاحبه یتملّکه بالحیازه فیکون إعراضا بإزاء إعراض. الثانی: أن یقصد کلّ منهما تسلیط صاحبه علی المال بعنوان التوکیل فی أن یأخذه لنفسه إمّا تملیکا أو علی وجه الإباحه فتکون توکیلا معاطاتیا بإزاء توکیل و فی هذا قد ینتهی الأمر فی الخارج إلی العمل بالوکاله من الجانبین أو من أحدهما و قد لا ینتهی فإن قام أحدهما و لم یقم الآخر لم یضرّ ذلک بصحّه عمل القائم إذا کان العوض وکاله القائم لا عمله بما وکّل فیه و ممّا ذکرنا یظهر بطلان إیراد المصنّف علی هذا الوجه بعدم المعقولیّه.

یعنی إعطاء و أخذ بدون قصد عناوین خاصه معقول بوده و دو فرض می توان برای آن ذکر کرد:

الف) هر یک از متعاطیین هنگام اعطاء، قصد إعراض داشته باشند و آخذ در واقع مال بی صاحب را أخذ کرده و با حیازت، مالک آن می شود.

پس در این فرض که إعراض در إزاء إعراض است، إعطاء و أخذ تحقّق یافته بدون آن که یکی از عناوین خاصّه قصد شود.

ب) هر یک از متعاطیین هنگام إعطاء، قصد توکیل داشته و طرف مقابل را وکیل خود قرار دهد در این که آن مال را برای خود (وکیل) تملیک یا إباحه کند. به تعبیر دیگر این اعطاء به منزله ی گفتن «وکّلتُکَ» بوده و در حقیقت توکیل معاطاتی در إزاء توکیل معاطاتی است.

پس در این فرض نیز إعطاء و أخذ تحقق یافته بدون آن که یکی از عناوین خاصّه قصد شود.

نقد اشکال

ولی این اشکال به کلام شیخ وارد نیست؛ زیرا مراد شیخ این بود که إعطاء بدون قصدِ یکی از عناوین خاصه معقول نیست، در حالی که إعراض و توکیل نیز مانند بیع، إجاره، عاریه، قرض و ... یکی از عناوین خاصّه بوده و إعطاء به قصد إعراض یا توکیل، اعطاء با قصد عناوین خاصّه است و إعراض و توکیل

فرقی از این جهت با إجاره، عاریه، قرض و ... ندارد.

علاوه آن که می توان گفت بحث درباره ی معاطاتی است که متعاطیین در مقام بیع هستند و می خواهند آن بیعی را که با صیغه محقق می شود بدون صیغه محقّق کنند و هر آن چه در بیع معتبر است را رعایت می کنند؛ به جز خواندن صیغه ی معتبر بنابراین قصد متعاطیین تملیک بالبیع است و نهایت اگر توسعه دهیم قصد إباحه دارند. پس به هر حال قصدشان از این دو امر خارج نیست و معاطاتی که مفید إجاره، قرض، ودیعه، عاریه، وکالت، إعراض یا ... باشد خارج از محل کلام است.(۱)

مناقشه ی شیخ قدس سره – در وجه چهارم

وجه چهارم این بود که متعاطیین قصد ملک مطلق کنند؛ نه ملک ناشی از بیع.

همان طور که معلوم است ملکیتی که از اسباب مختلف حاصل می شود تفاوتی با هم ندارد؛ یعنی ملکیّتی که با بیع حاصل می شود با ملکیتی که از هبه حاصل می شود با ملکیّتی که از ارث حاصل می شود و ... تفاوتی ندارد و این طور نیست که مثلاً ملکیت حاصل از هبه ضعیف تر از ملکیّت حاصل از بیع باشد. بنابراین مرادشان از ملک مطلق این است که سبب خاصّی را برای ملکیّت قصد نکنند، بلکه خود ملکیّت را صرف نظر از این که به شکل بیع باشد یا به شکل هبه یا ...

۱- بعضی اشکال دیگری بر کلام شیخ وارد کرده اند که به نظر می رسد آن هم وارد نیست و خروج از محلّ کلام است. (امیرخانی) • حاشیه کتاب المکاسب (للهمدانی)، ص۲۰: و أورد علیه شیخ مشایخنا قدّس سرّه: بامتناع خلوّ الدّافع عن قصد عنوان البیع أو الإباحه و العاریه أو الودیعه أو غیر ذلک من العناوین الخاصّه. لکنّ الإنصاف إمکان تعقّله، کما انّه یتعقّل إراده الزّوج إزاله عقد نکاح إحدی زوجاته، کذلک یعقل إنشاء سبب ذلک و ان لم یترتّب علیه الأثر فی الخارج، لأنّ ترتّب الأثر بید الجاعل لا غیر، و کذا فیما نحن فیه.

قصد کرده و إنشاء کنند و به تعبیر دیگر اگر با صیغه إنشاء می کردند لفظ «ملّکتُک» به کار می بردند؛ نه الفاظ مخصوص بیع، هبه و ... .

شیخ – رحمه الله علیه – در ردّ وجه چهارم می فرماید(۱): این وجه نیز درست نیست؛ چراکه تعریف بیع بر آن منطبق است؛ زیرا عمل متعاطیین تملیک بالعوض است که این مصداق تعریف «بیع» می باشد.

آیا معاوضه ی لبن شاه به نحو تملیک مطلق است؟

مرحوم شیخ سپس می فرماید: از عبارات غیر واحدی از فقهاء ظاهر می شود که در بعضی عقود، مانند بیع لبن شاه و غیر آن، تملیک مطلق محقق می شود که اعم از بیع می باشد. تملیک مطلق در واقع به منزله ی جنس است که «بیع» از افراد آن بوده و تملیک خاص می باشد و آن چه در معاوضه ی لبن شاه و مانند آن محقق می شود تملیک مطلق است؛ نه تملیک خاص.

در روایات متعددی این مسأله مورد سؤال واقع شده که اگر کسی بقر و غنم خود را به دیگری إعطاء کند تا از پشم و شیر آن استفاده کند و در مقابل، درهم و دینار یا مقداری از روغن آن دریافت کند چه حکمی دارد؟ فقهاء۴ به تبع روایات، این مسأله را در کتب فقهی خود مطرح کرده و بعضی علی رغم حکم به صحت چنین معامله ای در روایات، حکم به بطلان معامله کرده و بعضی دیگر آن را صحیح دانسته، ولی تصریح کرده اند که این معامله، نه به نحو بیع است و نه به نحو إجاره بلکه یک نوع معاوضه و تراضی است و مرحوم شیخ عبارت این فقهاء را ظاهر در تملیک مطلق دانسته است.

۱- المکاسب المحرمه (ط – الحدیثه)، ج ۳، ص۲۴: و [یردّ] الثانی: بما تقدّم فی تعریف البیع: من أنّ التملیک بالعوض علی وجه المبادله هو مفهوم البیع، لا ـ غیر. نعم، یظهر من غیر واحدٍ منهم فی بعض العقود کبیع لبن الشاه مدّهً، و غیر ذلک: کون التملیک المطلق أعمّ من البیع.

به علّت اهمیت مسأله لازم است روایات مربوطه و کلمات فقهاء مورد بررسی قرار گیرد تا مشخص شود:

اوّلاً: چنین معامله ای صحیح است یا خیر؟

ثانیاً: در صورت صحت معامله، تحت کدام یک از عقود قرار می گیرد؟

ثالثاً: آیا عبارات فقهاء همان طور که شیخ ادعا کرده ظهور در تملیک مطلق دارد؟ و اصلاً تملیک مطلق معنای روشنی دارد؟

روایات مربوط به اعطاء بقر و غنم بالضریبه

جواز إعطاء بقر و غنم بالضریبه مستظهر به روایات خاص می باشد که در بین آن ها صحیح نیز وجود دارد. این گونه روایات متأسفانه کمتر در کتب فقهی متأخرین مورد توجّه قرار گرفته است.(۱)

صاحب وسائل قدس سره - این روایات را در کتاب التجاره وسائل الشیعه در بابی تحت همین عنوان؛ یعنی «بَابُ حُکْمِ إِعْطَاءِ الْغَنَمِ وَ الْبَقَرِ بِالضَّرِیبَه» جمع آوری کرده است:

۱. مصحّحه ی حلبی:

مُحَمَّدُ بْنُ یَعْقُوبَ عَنْ عَلِیِّ بْنِ إِبْرَاهِیمَ عَنْ أَبِیهِ عَنِ ابْنِ أَبِی عُمَیْرٍ عَنْ حَمَّادٍ عَنِ الْحَلَبِیِّ عَنْ أَبِی عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام - فِی الرَّجُلِ یَکُونُ لَهُ الْغَنَمُ یُعْطِیهَا بِضَرِیبَهٍ سَنَهٍ شَیْئاً مَعْلُوماً أَوْ دَرَاهِمَ مَعْلُومَهً مِنْ کُلِّ شَاهٍ کَذَا وَ کَذَا قَالَ: لَا بَأْسَ بِالدَّرَاهِمِ وَ لَسْتُ أُحِبُّ(۲) أَنْ یَکُونَ بِالسَّمْنِ.(۳)

۱- یادم می آید یکی از علماء در جوانی چنین معامله ای انجام داده بود، ولی در کهولت به علّت عوارض کهن سالی و بیماری، نسبت به صحّت و انجام این نوع معامله شک می کرد و دنبال طرف معامله بود تا طلب رضایت کند! در حالی که این نصوص به راحتی دالّ بر صحت چنین معامله ای است.

۲- ملاذ الأخیار فی فهم تهذیب الأخبار، ج ۱۱، ص۱۷۴: قوله علیه السلام -: و لست أحب إذ الظاهر من السمن أن یکون من تلک الشیاه، و لعله لم یحصل منها ذلک القدر، بقرینه قوله علیه السلام فی الخبر الآتی «إلا أن تکون حوالب». و ظاهر تلک الأخبار الکراهه. و قال فی المختلف: قال الشیخ فی النهایه: لا بأس بأن یعطی الإنسان الغنم و البقر بالضریبه مده من الزمان بشی ء من الدراهم و الدنانیر و السمن، و إعطاء ذلک بالذهب و الفضه أجود فی الاحتیاط. و قال ابن إدریس: لا یجوز ذلک. و التحقیق أن هذا لیس ببیع و إنما هو نوع معاوضه و مراضاه غیر لازمه بل سائغه، و لا منع من ذلک، و قد وردت الأخبار.

۳- وسائل الشیعه، ج ۱۷، کتاب التجاره، ابواب عقد البیع و شروطه، باب۹، ح۱، ص۳۵۰؛ الکافی، ج ۵، ص۲۲۳ و تهذیب الأحکام، ج ۷، ص۱۲۷.

حلبی از امام صادق علیه السلام - نقل می کند که حضرت درباره ی شخصی که گوسفند دارد و آن را به مدت یک سال در قبال شیء معلوم یا دراهم مشخص (نسبت به هر گوسفندی فلان مقدار) إعطاء می کند فرمودند: در قبال درهم اشکالی ندارد، ولی در قبال روغن دوست نمی دارم.

همه ی روات این روایت از أجلاءند و به خاطر پدر علی بن ابراهیم (ابراهیم بن هاشم) که توثیق خاصی در رجال ندارد ولی در حکم ثقه است، تعبیر به مصحّحه یا حسنه ی کالصحیحه می شود.(۱)

از عبارت «لست أحبّ» بیش از کراهت عوض واقع شدن «سَمن» نمی توان استفاده کرد. مکروه بودن سَمن به عنوان عوض، شاید به این خاطر است که از منافع همان غنمی است که مورد اجاره واقع شده است، کما این که نظیر آن در «اجاره ی زمین» نیز وجود دارد و آن این که اگر کسی زمینی را به دیگری اجاره دهد تا گندم در آن بکارد در مقابل مقدار معینی از گندم همان زمین، مشهور(۲) آن را باطل می دانند و در روایات، اجاره دادن شیئی در مقابل چیزی که از همان شیء حاصل می شود فی الجمله مورد نهی قرار گرفته است.(۳)

۱- البته تعبیر به صحیحه نیز می شود. (امیرخانی)

۲- العروه الوثقی (للسید الیزدی)، ج ۲، ص۶۱۵: لا یجوز إجاره الأرض لزرع الحنطه أو الشعیر بما یحصل منها من الحنطه أو الشعیر ... .

۳- وسائل الشیعه، ج ۱۹، کتاب الاجاره، باب۲۶، بَابُ جَوَازِ إِجَارَهِ الْأَرْضِ لِلزِّرَاعَهِ بِالذَّهَبِ وَ الْفِضَّهِ وَ حُکْمِ إِجَارَتِهَا بِالْحِنْطَهِ وَ الشَّعِیرِ وَ نَحْوِهَا مِنْهَا أَوْ مُطْلَقاً، ص۱۳۸: مُحَمَّدُ بْنُ یَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ یَحْیَی عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَیْنِ عَنْ صَفْوَانَ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ عَنْ أَبِی بَصِیرٍ عَنْ أَبِی عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام - قَالَ: لَا تَسْتَأْجِرِ الْأَرْضَ بِالتَّمْرِ وَ لَا بِالْحِنْطَهِ وَ لَا بِالشَّعِیرِ وَ لَا بِالْأَرْبِعَاءِ وَ لَا بِالنِّطَافِ قُلْتُ وَ مَا الْأَرْبِعَاءُ قَالَ الشِّرْبُ وَ النِّطَافُ فَضْلُ الْمَاءِ وَ لَکِنْ تَقَبَّلْهَا بِالذَّهَبِ وَ الْفِضَّهِ وَ النِّصْفِ وَ الثُّلُثِ وَ الرُّبُعِ. • همان، کتاب المزارعه و المساقاه، باب ۱۵، بَابُ أَنَّهُ یَجُوزُ لِمَنِ اسْتَأْجَرَ الْأَرْضَ أَنْ یُزَارِعَ غَیْرَهُ بِحِصَّهٍ، ص۵۲: مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَیْنِ بْنِ سَعِیدٍ عَنْ فَضَالَهَ عَنْ أَبَانٍ عَنْ إِسْمَاعِیلَ بْنِ الْفَضْلِ عَنْ أَبِی عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام - قَالَ: لَا بَأْسَ أَنْ تَسْتَأْجِرَ الْأَرْضَ بِدَرَاهِمَ وَ تُزَارِعَ النَّاسَ عَلَی الثُّلُثِ وَ الرُّبُعِ وَ أَقَلَّ وَ أَکْثَرَ إِذَا کُنْتَ لَا تَأْخُذُ الرَّجُلَ إِلَّا بِمَا أَخْرَجَتْ أَرْضُکَ. • همان، باب۱۶، بَابُ مَا تَجُوزُ إِجَارَهُ الْأَرْضِ بِهِ وَ مَا لَا تَجُوزُ وَ خَرَاجِ الْأَرْضِ الْمُسْتَأْجَرَهِ، ص۵۳: مُحَمَّدُ بْنُ یَعْقُوبَ عَنْ عَلِیِّ بْنِ إِبْرَاهِیمَ عَنْ أَبِیهِ عَنِ ابْنِ أَبِی عُمَیْرٍ عَنْ حَمَّادٍ عَنِ الْحَلَبِیِّ عَنْ أَبِی عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام - قَالَ: لَا تُقَبَّلُ الْأَرْضُ بِحِنْطَهٍ مُسَمَّاهٍ وَ لَکِنْ بِالنِّصْفِ وَ الثُّلُثِ وَ الرُّبُعِ وَ الْخُمُسِ لَا بَأْسَ بِهِ الْحَدِیثَ. • همان: مُحَمَّدُ بْنُ عَلِیِّ بْنِ الْحُسَیْنِ فِی الْعِلَلِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ عَنِ الصَّفَّارِ عَنْ إِبْرَاهِیمَ بْنِ هَاشِمٍ عَنْ إِسْمَاعِیلَ بْنِ مَرَّارٍ عَنْ یُونُسَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ عَنْ غَیْرِ وَاحِدٍ عَنْ أَبِی جَعْفَرٍ وَ أَبِی عَبْدِ اللَّهِ۸ أَنَّهُمَا سُئِلَا مَا الْعِلَّهُ الَّتِی مِنْ أَجْلِهَا لَا یَجُوزُ أَنْ تُؤَاجَرَ الْأَرْضُ بِالطَّعَامِ وَ تُؤَاجِرُهَا بِالذَّهَبِ وَ الْفِضَّهِ قَالَ: الْعِلَّهُ فِی ذَلِکَ أَنَّ الَّذِی یَخْرُجُ مِنْهَا حِنْطَهٌ وَ شَعِیرٌ وَ لَا تَجُوزُ إِجَارَهُ حِنْطَهٍ بِحِنْطَهٍ وَ لَا شَعِیرٍ بِشَعِیرٍ.

۲. روایت ابراهیم بن میمون:

وَ عَنْهُ [مُحَمَّدُ بْنُ یَعْقُوبَ عَنْ عَلِیِّ بْنِ إِبْرَاهِیمَ] عَنْ أَبِیهِ عَنِ ابْنِ أَبِی عُمَیْرٍ عَنْ أَبِی الْمَغْرَاءِ عَنْ إِبْرَاهِیمَ بْنِ مَیْمُونٍ أَنَّهُ(۱) سَأَلَ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام - فَقَالَ: نُعْطِی الرَّاعِیَ الْغَنَمَ بِالْجَبَلِ یَرْعَاهَا وَ لَهُ أَصْوَافُهَا وَ أَلْبَانُهَا وَ یُعْطِینَا لِکُلِّ شَاةٍ دَرَاهِمَ فَقَالَ لَیْسَ بِذَلِکَ بَأْسٌ فَقُلْتُ إِنَّ أَهْلَ الْمَسْجِدِ

۱- در تهذیب این چنین نقل می کند: • تهذیب الأحکام، ج ۷، ص۱۲۷: عَنْهُ [الحسن بن محمد بن سماعه] عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ جَبَلَةَ عَنْ أَبِی الْمَغْرَاءِ عَنْ إِبْرَاهِیمَ بْنِ مَیْمُونٍ أَنَّ إِبْرَاهِیمَ بْنَ أَبِی الْمُثَنَّی سَأَل ... .

يَقُولُونَ لَا يَجُوزُ لِأَنَّ مِنْهَا مَا لَيْسَ لَهُ صُوفٌ وَ لَا لَبَنٌ فَقَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام - وَ هَلْ يُطِيبُهُ إِلَّا ذَاكَ(۱) يَذْهَبُ بَعْضُهُ وَ يَبْقَى بَعْضٌ.(۲)

ابی المغراء (حمید بن المثنّی) می گوید: ابراهیم بن میمون از امام صادق علیه السلام - سؤال کرد و گفت: ما گوسفندان را به چوپان می دهیم تا در کوه بچراند و در مقابل، پشم ها و شیرهای گوسفندان را مالک می شود و برای هر گوسفندی دراهمی را پرداخت می کند. فرمودند: اشکالی ندارد. [ابراهیم بن میمون می گوید:] عرض کردم اهل مسجد [عامه] می گویند: این کار جایز نیست؛ چراکه بعضی از گوسفندان نه پشم دارند و نه شیر. امام صادق علیه السلام - فرمودند: همین که بعضی دارد نقص بعضی دیگر را جبران می کند [و به صورت مجموع(۳) حساب می شود].

این روایت از لحاظ سند به خاطر ابراهیم بن میمون که توثیق ندارد ناتمام است.

از این روایت استفاده می شود که گوسفندان به چوپان إجاره داده می شود و منافع گوسفندان در قبال پرداخت دراهم معلوم، ملک چوپان می شود.(۴)

۱- مرآه العقول فی شرح أخبار آل الرسول، ج ۱۹، ص۲۶۱: قوله علیه السلام -: «و هل یطیبه إلا ذاک» أی إنما رضی صاحب الغنم عن کل شاه بدرهم لأجل أن فیها ما لیس له صوف و لا لبن، و لو لم یکن کذلک لما رضی به، أو المراد به أنه لا یحل هذا العقد إلا ذلک، لأنک قلت: منها ما لیس له صوف، فظهر منه أن بعضها لیس کذلک، و یکفی هذا فی صحه العقد، أو المراد أن زیاده بعضها یجبر نقص بعض و لو لا ذلک لما طاب.

۲- وسائل الشیعه، ج ۱۷، کتاب التجاره، ابواب عقد البیع و شروطه، باب۹، ح۲، ص ۳۵۰ و الکافی، ج ۵، ص۲۲۴.

۳- اگر به صورت مجموع باشد این سؤال باقی می ماند که چطور مالک، برای هر شاه دراهم می گیرد؛ نه بما هو مجموع. (امیرخانی)

۴- شاید بتوان گفت ظهور روایت در آن است که «بالجبل یرعاها» خصوصیت داشته و مالک غنم به خاطر این که گوسفندان در جبل چرانیده شود به چوپان می دهد، لذا چوپان خود اجیر می شود و «له اصوافها و البانها» به عنوان مال الاجاره است. (امیرخانی)

۳. روایت مُدرِک بن الهَزْهاز:

وَ [مُحَمَّدُ بْنُ یَعْقُوبَ] عَنْ حُمَیْدِ بْنِ زِیَادٍ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ سَمَاعَهَ عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِهِ عَنْ أَبَانٍ عَنْ مُدْرِکِ بْنِ الْهَزْهَازِ عَنْ أَبِی عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام - فِی الرَّجُلِ تَکُونُ لَهُ الْغَنَمُ فَیُعْطِیهَا بِضَرِیبَهٍ شَیْئاً مَعْلُوماً مِنَ الصُّوفِ أَوِ السَّمْنِ أَوِ الدَّرَاهِمِ قَالَ لَا بَأْسَ بِالدَّرَاهِمِ وَ کَرِهَ السَّمْنَ.(۱)

مدرک بن الهزهاز از امام صادق علیه السلام - نقل می کند که حضرت درباره ی شخصی که گوسفندانش را بالضریبه در قبال شیء معلومی از پشم یا روغن یا دراهم إعطاء می کند فرمودند: اشکالی ندارد و روغن را کراهت داشتند.

این روایت از لحاظ سند به خاطر ارسال و عدم وثاقت مُدرک بن الهَزهاز ناتمام است.

این روایت بیان می کند که حضرت نسبت به این که سَمن به عنوان عوض واقع شود کراهت دارند، امّا نسبت به «صوف» که آن هم از نتاج گوسفند است چیزی نفرمودند. این که آیا سَمْن و صوف با هم فرق دارند که حضرت فقط سمن را مکروه داشتند یا فرق نداشته و راوی بیان نکرده، معلوم نیست. به هر حال روایت از لحاظ سند قابل اعتماد نیست و فقط به عنوان مؤیّد است.

۴. صحیحه ی عبد الله بن سنان:

وَ [مُحَمَّدُ بْنُ یَعْقُوبَ] عَنْ عَلِیٍّ عَنْ أَبِیهِ عَنِ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام - عَنْ رَجُلٍ دَفَعَ إِلَی رَجُلٍ غَنَمَهُ بِسَمْنٍ وَ دَرَاهِمَ مَعْلُومَهٍ لِکُلِّ شَاهٍ کَذَا وَ کَذَا فِی کُلِّ شَهْرٍ قَالَ لَا بَأْسَ بِالدَّرَاهِمِ

۱- وسائل الشیعه، ج ۱۷، کتاب التجاره، ابواب عقد البیع و شروطه، باب۹، ح۳، ص ۳۵۰؛ الکافی، ج ۵، ص۲۲۴ و تهذیب الأحکام، ج ۷، ص۱۲۷.

فَأَمَّا السَّمْنُ فَلَا أُحِبُّ ذَلِکَ إِلَّا أَنْ تَکُونَ حَوَالِبَ(۱) فَلَا بَأْسَ بِذَلِکَ.

وَ رَوَاهُ الشَّیْخُ بِإِسْنَادِهِ عَنِ ابْنِ مَحْبُوبٍ وَ الَّذِی قَبْلَهُ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ سَمَاعَهَ وَ الْأَوَّلَ بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَلِیِّ بْنِ إِبْرَاهِیمَ مِثْلَهُ.(۲)

عبد الله بن سنان می گوید: از امام صادق علیه السلام - درباره ی شخصی که گوسفندانش را به دیگری در مقابل روغن و دراهم معلومه داده که برای هر گوسفندی در هر ماه فلان مقدار باشد سؤال کردم، حضرت فرمودند: امّا روغن را دوست ندارم [که ثمن واقع شود] مگر این که [گوسفندان بالفعل] شیردار باشند که در این صورت اشکالی ندارد.

هر دو سند کلینی و شیخ به این روایت تمام است و مراد از «ابن محبوب» به قرینه ی روایت از عبدالله بن سنان، الحسن بن محبوب می باشد.

از این روایت استفاده می شود اگر گوسفندان بالفعل شیردار باشند نه آن که امید باشد در آینده شیردار شوند اشکالی ندارد سَمْن به عنوان عوض واقع شود، ولی اگر بالفعل شیردار نباشند کراهت دارد و نمی توان استفاده ی حرمت و بطلان کرد.

۵. موثقه ی اسماعیل بن الفضل:

وَ عَنْهُ [مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ(۳) عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ سَمَاعَه]

۱- الإستبصار فیما اختلف من الأخبار، ج ۳، ص۱۰۳: فَالْوَجْهُ فِی الْأَخْبَارِ الْأَوَّلَهِ أَنْ تُحْمَلَ عَلَی هَذَا الْخَبَرِ الَّذِی هُوَ مُفَصَّلٌ وَ هُوَ أَنَّهُ إِنَّمَا کَرِهَ ضَرِیبَتَهَا بِالسَّمْنِ إِذَا لَمْ تَکُنْ حَوَالِبَ فَأَمَّا إِذَا کَانَتْ کَذَلِکَ فَلَا بَأْسَ.

۲- وسائل الشیعه، ج ۱۷، کتاب التجاره، ابواب عقد البیع و شروطه، باب۹، ح۴، ص ۳۵۰؛ الکافی، ج ۵، ص۲۲۴ و تهذیب الأحکام، ج ۷، ص۱۲۷.

۳- تهذیب الأحکام ، المشیخه، ص۷۵: و ما ذکرته فی هذا الکتاب عن الحسن بن محمد بن سماعه فقد اخبرنی به احمد بن عبدون عن ابی طالب الانباری عن حمید بن زیاد عن الحسن ابن محمد بن سماعه، و اخبرنی أیضا الشیخ ابو عبد اللّه و الحسین بن عبید اللّه و احمد ابن عبدون کلهم عن ابی عبد اللّه الحسین بن سفیان البزوفری عن حمید بن زیاد عن الحسن بن محمد بن سماعه.

عَنْ جَعْفَرِ بْنِ سَمَاعَةَ عَنْ أَبَانِ بْنِ عُثْمَانَ عَنْ إِسْمَاعِيلَ بْنِ الْفَضْلِ(۱) قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام - عَنِ الرَّجُلِ يَدْفَعُ إِلَى الرَّجُلِ بَقَراً أَوْ غَنَماً عَلَى أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ كُلَّ سَنَةٍ مِنْ أَلْبَانِهَا وَ أَوْلَادِهَا كَذَا وَ كَذَا قَالَ: مَكْرُوهٌ.(۲)

اسماعیل بن الفضل الهاشمی می گوید: از امام صادق علیه السلام - درباره ی کسی که غنم و بقر خود را به دیگری می دهد در قبال این که در هر سال مقداری از شیرها و فرزندان آن را به او بدهد سؤال کردم، حضرت فرمودند: مکروه است.

این روایت از لحاظ سند تمام است و به خاطر الحسن بن محمد بن سماعه و بعضی دیگر از واقفیون تعبیر به موثقه می شود.

از سیاق روایت استفاده نمی شود که «مَكرُوهٌ» به معنای حرمت و بطلان باشد، بلکه استفاده می شود کار خوشایندی نیست و حداقل این که به اطلاق بقیه ی روایات می توان گفت اگر البان و اولاد به عنوان عوض واقع شود معامله صحیح است.

اجاره بودن إعطاء غنم و بقر بالضریبه

با وجود این روایات که در بین آن ها صحیح نیز وجود دارد شکی نیست که چنین معامله ای صحیح می باشد، امّا در این که چه نوع معامله ای است به نظر می رسد از باب اجاره باشد؛ زیرا همه ی شروط إجاره از جمله شرط معیّن و مشخص بودن

۱- رجال الطوسی، ص۱۲۵: إسماعیل بن الفضل بن یعقوب بن الفضل بن عبد الله بن الحارث بن نوفل بن الحارث بن عبد المطلب ثقه من أهل البصره.

۲- وسائل الشیعه، ج ۱۷، کتاب التجاره، ابواب عقد البیع و شروطه، باب۹، ح۶، ص۳۵۱ و تهذیب الأحکام، ج ۷، ص۱۲۶.

مال الاجاره را دارد؛ چراکه در بعض روایات قید شده دراهم یا مقدار سمن و لبن معلوم و مشخص است. بله شرطی که مشهور(۱) در اجاره لازم می دانند که مدت إجاره باید معیّن باشد در این نوع معامله لازم نیست(۲) که آن هم می گوییم اگر دلیل قطعی بر معیّن بودن مدت اجاره قائم باشد می تواند مقید اطلاقات باشد.

به هر حال ارتکاز عرفی بر اجاره بودن این نوع معامله است و روایات نیز با اجاره بودن آن ناسازگار نیست و احتمال هم دارد معامله ای برأسها باشد نظیر مزارعه، مساقات، مضاربه و ... که می توان نام آن را مغانمه یا مباقره نهاد! و تفاوتش با مضاربه، مزارعه و مساقات آن است که در این معامله، آن چه مالک باید دریافت کند معیّن و مشخص است، ولی در مضاربه، مزارعه و مساقات معیّن و مشخص نیست، بلکه به نسبت و درصد است.

۱- العروه الوثقی (للسید الیزدی)، ج ۲، ص۵۷۸: ما کان معلومیّته بتقدیر المدّه لا بدّ من تعیینها شهراً أو سنه أو نحو ذلک، و لو قال: آجرتک إلی شهر أو شهرین بطل، و لو قال: آجرتک کلّ شهر بدرهم مثلًا، ففی صحّته مطلقاً أو بطلانه مطلقاً، أو صحّته فی شهر و بطلانه فی الزیاده، فإن سکن فأجره المثل بالنسبه إلی الزیاده، أو الفرق بین التعبیر المذکور و بین أن یقول: آجرتک شهراً بدرهم فإن زدت فبحسابه، بالبطلان فی الأوّل و الصحّه فی شهر فی الثانی أقوال: أقواها الثانی و ذلک لعدم تعیین المدّه الموجب لجهاله الأُجره بل جهاله المنفعه أیضاً، من غیر فرق بین أن یعیّن المبدأ أو لا، بل علی فرض عدم تعیین المبدأ یلزم جهاله أُخری إلّا أن یقال: إنّه حینئذٍ ینصرف إلی المتّصل بالعقد، هذا إذا کان بعنوان الإجاره، و أمّا إذا کان بعنوان الجعاله فلا مانع منه، لأنّه یغتفر فیها مثل هذه الجهاله، و کذا إذا کان بعنوان الإباحه بالعوض.

۲- زیرا همین که معیّن کرده باشند هر ماه یا هر سال، ثمن مشخصی به مالک پرداخت شود معامله صحیح است و لازم نیست سقفی را برای زمان آن معیّن کنند که مثلاً تا یک سال یا دو سال این معامله ادامه داشته باشد.

عبارات فقهاء در بیع لبن شاه

۱. کلام شیخ طوسی قدس سره – در نهایه:

«و لا بأس أن یعطی الإنسان الغنم و البقر بالضّریبه(۱) مدّه من الزّمان بشیء من الدّراهم و الدّنانیر و السّمن(۲)، و إعطاء ذلک بالذّهب و الفضّه أجود فی الاحتیاط»(۳)

مانعی ندارد انسان [مالک غنم و بقر] مدتی از زمان، بقر و غنم خود را به مقدار معینی از دراهم، دنانیر و روغن به دیگری بدهد. و إعطاء آن در مقابل طلا و نقره [درهم و دینار] اجود در احتیاط است.

در عبارت شیخ طوسی قدس سره – «بیع لبن شاه» ذکر نشده، بلکه «إعطاء البقر و الغنم مده من الزمان بالضریبه» ذکر شده و شاید به همین جهت است که شیخ انصاری قدس سره – فرمودند از عبارت بعضی استفاده می شود که آن «تملیک مطلق» بوده و أعم از بیع است؛ یعنی شخصی که بقر و غنم را تحویل گرفته، شیر، پشم، روغن و ... آن بقر و غنم را بدون سبب خاص مالک شده است.

۲. کلام ابن ادریس قدس سره – در سرائر:

و لا یجوز أن یباع اللبن فی الضروع، فمن أراد بیع ذلک، حلب منه شیئا، و اشتراه مع ما بقی فی الضروع فی الحال، أو مده من الزمان، علی ما رواه أصحابنا، و إن جعل معه عرضا آخر، کان أحوط.

۱- الصحاح (تاج اللغه و صحاح العربیه)، ج ۱، ص ۱۷۰: و الضَّریبه: واحده الضَّرائب التی تؤخذ فی الأرصاد و الجزیه و نحوها. و منه ضریبه العبد، و هی غَلَّتُه.

۲- مراد از سَمْن ظاهراً سمن خود غنم و بقر است.

۳- النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، ص ۴۰۰.

فروش شیر در پستان [بقر و غنم و امثال آن] جایز نیست. پس اگر کسی خواست آن را بفروشد مقداری از آن را بدوشد و با ما بقی آن در پستان در آن وقت یا در مدت زمان معلوم بفروشد، طبق آن چه اصحاب ما روایت کرده اند. و اگر همراه آن [شیر در پستان] متاع دیگری ضمیمه کند [به جای شیر دوشیده شده] احوط است.

پس جناب ابن ادریس قدس سره - می فرماید: فروش شیر در پستان بقر و غنم و ... به خاطر لزوم غرر جایز نیست. اگر کسی خواست شیر در پستان را بفروشد، باید مقدار معینی از آن را دوشیده و آن را همراه شیر در پستان شیری که الان در پستان موجود است یا شیری که در مدت معینی مثلاً یک ماه در پستان تولید می شود بفروشد.

إن قلت: اگر شیر در پستان را همراه شیر دوشیده شده بفروشد باز غرر لازم می آید.

قلت: اوّلاً: از آن جا که دلیل خاص بر آن وجود دارد که جناب ابن ادریس فرمود: علی ما رواه اصحابنا اگر در این فرض، غرر هم لازم آید اشکالی ندارد.

ثانیاً: اگر شیر دوشیده شده و معیّن را اصل و شیر در پستان را به عنوان تَبَع و شرط قرار دهد بیع صحیح است؛ زیرا بسیاری غرر در شرط را مانع صحت بیع نمی دانند، چنان که در نظیر آن گفته اند: بیع عبد آبق(۱) همراه ضمیمه ی معیّن جایز است.

و قد روی أنّه لا بأس أن یعطی الإنسان الغنم، و البقر، بالضریبه،

۱- الخلاف، ج ۳، ص۱۶۸: لا یجوز بیع العبد الآبق منفردا، و یجوز بیعه مع سلعه أخری. و قال الفقهاء [العامه] بأسرهم: لا یجوز بیعه، و لم یفصلوا ... . دلیلنا علی منع بیعه منفردا: إجماع الفرقه، و لأنه لا یقدر علی تسلیمه، و لأنه بیع الغرر، فاما جوازه مع السلعه الأخری فإجماع الفرقه، و دلاله الأصل، و المنع یحتاج إلی دلیل.

مدّه من الزمان، بشی ء من الدراهم، و الدنانیر، و السمن، و إعطاء ذلک بالذهب و الفضه، أجود فی الاحتیاط، و یمکن أن یعمل بهذه الروایه علی بعض الوجوه، و هو أن یحلب بعض اللبن و یبیعه مع ما فی الضروع، مده من الزمان، علی ما وردت بمثله الأخبار، أو یجعل عوض اللبن شیئا من العروض(۱)، و یبیعه مع ما فی الضروع مده من الزمان، لأنّ الإجاره لا تصحّ هاهنا، لأنّ الإجاره استحقاق منافع السلعه المستأجره، دون استحقاق أعیان منها.

و الأقوی عندی المنع من ذلک کله، لأنّه غرر، و بیع مجهول، و الرسول علیه السّلام، نهی عن بیع الغرر، فمن أثبت ذلک عقدا یحتاج إلی دلیل شرعی، و الذی ورد فیه، أخبار آحاد شذاذ، و قد بیّنا أنّ أخبار الآحاد عند أصحابنا، لا توجب علما و لا عملا، و الواجب علی المفتی الرجوع فی صحه الفتوی، إلی الأدله القاطعه.(۲)

روایت شده که مانعی ندارد انسان [مالک غنم و بقر] مدتی از زمان، بقر و غنم خود را به مقدار معینی از دراهم، دنانیر و روغن به دیگری بدهد. و إعطاء آن در مقابل طلا و نقره [درهم و دینار] اجود در احتیاط است.

بنابر بعضی وجوه می توان به این روایت عمل کرد و آن این که مقداری از

۱- . المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، ج ۲، ص۴۰۴: (الْعَرَضُ) بِفَتْحَتَيْنِ مَتَاعُ الدُّنْيَا و (الْعَرَضُ) فِی اصْطِلَاحِ الْمُتَكَلِّمِينَ مَا لَا يَقُومُ بِنَفْسِهِ وَ لَا يُوجَدُ إلَّا فِی مَحَلّ يَقُومُ بِهِ وَ هُوَ خِلَافُ الْجَوْهَرِ وَ ذَلِكَ نَحْوُ حُمْرَهِ الْخَجَلِ و صُفْرَهِ الْوَجَلِ و (الْعَرْضُ) بالسُّكُونِ الْمَتَاعُ قَالُوا و الدَّرَاهِمُ و الدَّنَانِيرُ عَيْنٌ وَ مَا سِوَاهُمَا (عَرْضٌ) و الْجَمْعُ (عُرُوضٌ) مِثْلُ فَلْسٍ و فُلُوسٍ وَ قَالَ أَبُو عُبَيْدٍ (الْعُرُوضُ) الْأَمْتِعَهُ الَّتِی لَا يَدْخُلُهَا كَيْلٌ وَ لَا وَزْنٌ وَ لَا تَكُونُ حَيَواناً وَ لَا عَقَاراً.

۲- السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ج ۲، ص۳۲۱.

شیر را بدوشد و آن را با شیر در پستان (در مدت زمان معیّن) بفروشد؛ چنان که روایات بر مثل آن وارد شده است. یا این که به جای دوشیدن شیر، متاع دیگری را جایگزین کرده و با شیر در پستان (در مدت زمان معیّن) بفروشد. به خاطر این که اجاره در این جا صحیح نیست؛ زیرا در اجاره، مستأجر مستحق منافع کالای مورد اجاره می شود؛ نه مستحق عین مورد اجاره.

ولی اقوی نزد من آن است که در هیچ صورتی [حتی دو راهی که بیان کردم] بیع جایز نیست؛ به خاطر این که غرر بوده و بیع شیء مجهول می باشد در حالی که رسول الله- صلی الله علیه و آله و سلم - از بیع غرر نهی فرموده است. بنابراین اگر کسی آن را به عنوان عقد شرعی می پذیرد باید دلیل شرعی اقامه کند. و امّا روایتی که در این زمینه وارد شده، اخبار آحاد و شاذ است و همان طور که بیان کردیم اخبار آحاد نزد اصحاب ما نه موجب علم می شود و نه عمل. و بر مفتی واجب است که در صحت فتوا به ادله ی قاطعه رجوع کند.

پس جناب ابن ادریس قدس سره - مسأله ی إعطاء غنم و بقر به شخصی در مدتی از زمان در مقابل درهم و دینار را از باب اجاره نمی دانند و علّت آن را این طور بیان می کنند که در اجاره، مستأجر فقط مستحق منافع عین مستأجره می شود؛ نه مالک عین مستأجره، در حالی که در ما نحن فیه فرض آن است کسی که غنم و بقر را تحویل گرفته مالک شیر و پشم آن می شود که عین است. لذا باید بگوییم معامله به نحو بیع است. ولی برای این که معامله از جهالت و غرر خارج شود باید یکی از این دو روش را انجام دهد؛ یا این که مقداری از شیر را دوشیده و آن را همراه شیری که الان در پستان موجود است یا در مدت معین تولید خواهد شد بفروشد کما این که این روش در روایت(۱) نیز آمده است یا این که به جای دوشیدن

۱- وسائل الشیعه، ج ۱۷، کتاب التجاره، ابواب العقد و شروطه، باب۸ (بَابُ جَوَازِ بَيْعِ اللَّبَنِ فِي الضَّرْعِ إِذَا ضُمَّ إِلَيْهِ شَيْ ءٌ مَعْلُومٌ)، ص۳۴۸: مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ عَنِ الْفَضْلِ بْنِ شَاذَانَ عَنْ صَفْوَانَ بْنِ يَحْيَى عَنْ عِيصِ بْنِ الْقَاسِمِ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام - عَنْ رَجُلٍ لَهُ نَعَمٌ يَبِيعُ أَلْبَانَهَا بِغَيْرِ كَيْلٍ قَالَ نَعَمْ حَتَّى تَنْقَطِعَ أَوْ شَيْ ءٌ مِنْهَا. وَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ أَخِيهِ الْحَسَنِ عَنْ زُرْعَةَ عَنْ سَمَاعَةَ قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنِ اللَّبَنِ يُشْتَرَى وَ هُوَ فِي الضَّرْعِ فَقَالَ لَا إِلَّا أَنْ يَحْلُبَ لَكَ مِنْهُ سُكُرُّجَةً فَيَقُولَ اشْتَرِ مِنِّي هَذَا اللَّبَنَ الَّذِي فِي السُّكُرُّجَةِ وَ مَا فِي ضُرُوعِهَا بِثَمَنٍ مُسَمًّى فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي الضَّرْعِ شَيْ ءٌ كَانَ مَا فِي السُّكُرُّجَةِ. وَ رَوَاهُ الصَّدُوقُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ سَمَاعَةَ أَنَّهُ سَأَلَ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام - وَ ذَكَرَ مِثْلَهُ وَ رَوَاهُ الشَّيْخُ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيد.

شیر، متاع دیگری جایگزین کرده و آن متاع را همراه شیر در پستان بفروشد.

جناب ابن ادریس در نهایت می فرمایـد: اقوی آن است که چنین معامله ای صـحیح نیست؛ چراکه این دو روش نیز معامله را از غرری بودن و جهـالت خارج نمی کنـد؛ زیرا به هر حال مقـدار شـیری که در پسـتان است یا در زمان معین تولیـد خواهـد شـد مجهول است و آن روایاتی هم که در این زمینه وارد شده، اخبار آحاد و شاذ بوده که مفید علم و عمل نمی باشد، اصحاب نیز اخبار آحاد را حجّت نمی دانند.

کلام ابن ادریس در ردّ اجاره بودن معامله به خاطر تملّک عین از طرف مسـتأجر، صـحیح نیست؛ چراکه عین مسـتأجره، لبن و پشم نیست که نتواند به ملک مسـتأجر در بیاید، بلکه عین مستأجره غنم و بقر است که لبن و پشم از منافع آن بوده و منافع عین مسـتأجره هر چنـد خودش عین باشـد می تواند به ملک مسـتأجر در آید، کما این که إجاره ی باغ میوه و تملّک میوه ی آن از جانب مستأجر مورد پذیرش است.(۱)

غرری بودن بیع نیز به نحوی قابل اصلاح است؛ زیرا با اصل قرار دادن شیر

۱- ظـاهراً بعضـی، از جمله علامه آن را قبول ندارنـد. (امیرخانی) • قواعـد الأحکام فی معرفه الحلال و الحرام، ج ۲، ص۲۸۷: [الشـرط] الرابع: انفرادها بالتقویم: فلو اسـتأجر الکرم لثمره و الشاه لنتاجها أو صوفها أو لبنها لم ینعقد، لما یتضمّن من بیع الأعیان قبل وجودها. و الاستئجار إنّما یتعلّق بالمنافع.

دوشیده شده یا متاع دیگر و تَبَع و شرط قرار دادن شیر در پستان، جهالت آن ضربه ای به صحت بیع نمی زند.

۳. کلام علامه قدس سره - در مختلف الشیعه:

و التحقیق: أنّ هذا لیس ببیع، و انّما هو نوع معاوضه و مراضاه غیر لازمه بل سائغه، و لا منع فی ذلک.(۱)

علامه قدس سره - در مختلف الشیعه بعد از نقل کلام شیخ طوسی قدس سره - در جواز إعطاء غنم و بقر در مقابل درهم و دینار و نیز کلام ابن ادریس قدس سره - در عدم جواز چنین معامله ای می فرماید: تحقیق آن است که إعطاء غنم و بقر مدتی از زمان در مقابل دراهم و دنانیر بیع نیست و اصلاً متعرّض قضیه ی إجاره نمی شوند؛ کأنّ استدلال ابن ادریس را در عدم إجاره بودن معامله پذیرفته اند.

علامه سپس می فرماید: این إعطاء یک نوع معاوضه و مراضات است که لازم نیست، بلکه جایز است؛ یعنی هر کدام پشیمان شد می تواند معامله را فسخ کند.

۴. کلام علامه قدس سره - در نهایه الإحکام:

لا- یجوز بیع اللبن فی الضرع لأنه مجهول، و ما روی فی ذلک محمول علی الضریبه، فقد روی أنه ... و هذا لیس بیعا فی الحقیقه، بل نوع معاوضه غیر لازمه، بل جائزه لما فیه من الإرفاق و الإعانه، فیأخذ دافع النقد ما یحتاج إلیه من اللبن و غیره و ینتفع به، و یأخذ صاحب الغنم النقد لینتفع به.

و لا یمکن البیع فی مثل هذا، و لا طریق سوی ما ذکرناه، و کان

۱- مختلف الشیعه فی أحکام الشریعه، ج ۵، ص۲۴۸.

سائغا للحاجه، و كبيع المعاطاه. و لما روى عن الصادق عليه السلام فى الرجل يكون له الغنم أ يعطيه بضريبه سمنا شيئا معلوما أو دراهم معلومه من كل شاه كذا و كذا؟ قال: لا بأس بالدراهم و لست أحب أن يكون بالسمن.(۱)

علامه قدس سره - در نهايه الإحكام مقدارى روشن تر بيان مى كند كه إعطاء غنم و بقر بالضريبه بيع نيست، بلكه نوعى معاوضه ى غير لازم است كه به خاطر ارفاق و إعانه اى كه در آن وجود دارد جايز مى باشد. پرداخت كننده ى درهم و دينار، آن چه را كه از لبن و مانند آن احتياج دارد دريافت كرده و انتفاع مى برد و صاحب غنم نيز درهم و دينار را دريافت كرده از آن انتفاع مى برد.

سپس مى فرمايد: امكان بيع در مثل چنين معامله اى وجود ندارد. راهى هم براى تصحيح آن نيست؛ مگر همان كه بيان كرديم معاوضه اى جداگانه است، و به خاطر نص و نيازى كه به آن وجود دارد چنين معامله اى جايز بوده و مانند بيع معاطات مى باشد.(۲)

۵. كلام صاحب حدائق قدس سره -:

و المستفاد من هذه الاخبار بعد ضم بعضها الى بعض هو أنه يجوز أن يعطى الغنم و نحوها الى من يرعاها بضريبه يضربها المالك على

۱- نهايه الإحكام فى معرفه الأحكام، ج ۲، ص۵۳۵.

۲- علامه در تحرير نيز چنين مى فرمايد: • تحرير الأحكام الشرعيه على مذهب الإماميه (ط - الحديثه)، ج ۲، ص۳۵۲: يجوز إعطاء البقر و الغنم بالضريبه مدّه من الزمان بشى ء من الدراهم أو الدنانير و السمن، و الذهب و الفضه أحوط، قاله الشيخ، و قال ابن إدريس: يمكن العمل بهذه الروايه بأن يحلب بعض اللبن و يبيعه مع ما فى الضرع، مدّه من الزمان. و الوجه عندى البطلان إن كان بيعا، و إلّا كان هذا بمنزله الإباحه.

الراعی من نقـد أو سـمن بالشـرط المتقـدم، و ان ما عـدا ما شـرطه مما حصل من الغنم من لبن و دهن و صوف و نحو ذلک فهو للراعی فی مقابله قیامه بها و حفظها و دورانه بها فی مواضع القطر و العلف، و حینئذ یکون ذلک أجره عمله.

صاحب حدائق قدس سره - بعد از نقل کلام شیخ طوسی قدس سره - و روایاتی که در این زمینه وارد شده می فرماید: مستفاد از أخبار بعـد از ضمّ بعضـی به بعضـی دیگر آن است که مالک، غنم و بقر را در مقابل ضـریبه ای که معین می کنـد از پول یا مقـداری از روغن بقر و غنم به چوپـان تحویل دهـد، و اجرت چوپان نیز در مقابل چرانـدن و نگه داری از بقر و غنم، منافع آن اعم از لبن، روغن و پشم باشد غیر از آن مقداری که برای مالک معین شده است.

بنـابراین نظر صاحب حـدائق قـدس سـره - در مورد این معامله آن است که به نحو إجاره است؛ به این صورت که چوپان أجیر می شود بقر و غنم را در مراتع چرانیـده و نگه داری کند و اجرت عملش، مقداری از منافع بقر و غنم باشد و بقیه ی آن عین یا ثمن آن را به مالک تحویل دهد.

لکن یشـکل ذلک علی قواعـد الأصـحاب من وجوب معلومیه الأجره و تعیینها، و المفهوم من کلام ابن إدریس ان منعه لذلک، لان دفعها علی هـذا الوجه من قبیل الإجاره، و ان الإجاره هنا باطله، لأن ثمره الإجاره تملیک المنفعه، دون العین، و الـذی أخذه الراعی انما هو من الأعیان لا المنافع.

صاحب حدائق قدس سره - سپس می فرماید: ولی این نوع اجاره نیز طبق قواعد أصحاب مشکل است؛ چراکه مال الإجاره باید معلوم و معیّن باشد، در حالی که

مال الإجاره ی چوپان مجهول است؛ لـذا معامله باطل می باشد. مفهوم از کلام ابن ادریس نیز آن است که منع چنین معامله ای به خاطر جهالت آن است. به خاطر این که إعطاء غنم و بقر بالضـریبه، اگر به نحو اجاره باشد اجاره در این جا باطل است؛ زیرا ثمره ی اجـاره تملیـک منفعـت است؛ نه عین، در حـالی که آن چه چوپـان اخـذ کرده عین است؛ نه منفعت. و اگر به نحـو بیع باشـد، از آن جا که مقـدار لبن مجهول است بیع صـحیح نیست و آن دو روشـی که ابن ادریس بیان کرد از جهالت خارج نمی کند.

و لهـذا ان العلامه إنما تفصـی عن ذلک بان هذه المعامله لیست من قبیل البیع، و لا الإجاره، و انما هی نوع معاوضه و تراض من الطرفین، و ان کان غیر لازم شرعا لو أرید فسخه و إبطاله، و هو جید وقوفا علی ظواهر الأخبار المذکوره و الله العالم.(۱)

صاحب حـدائق قدس سـره - در نهایت می فرماید: به خاطر تفصّـِی از این مشـکل، مرحوم علامه قدس سـره - فرمودند که این معـامله نه به نحو بیع است و نه إجـاره، بلکه نوعی معاوضه و تراضـی دیگر است که غیر لازم می باشـد؛ یعنی می تواننـد فسـخ کنند. این نظر علامه، به خاطر وقوف بر ظاهر اخباری که بر آن دلالت می کند نظر مناسبی است.

صاحب حـدائق قدس سـره - ظاهراً از روایت ابراهیم بن میمون اسـتفاده کرده اند که «إعطاء بقر و غنم بالضـریبه» به نحو اجاره بوده و خود چوپـان برای چرانـدن گوسـفندان اجیر می شود، ولی از آن جا که مال الاجاره (منافع گوسـفندان) از حیث مقـدار مجهول است نمی توان به آن ملتزم شد و چنین اجاره ای صحیح نیست.

در حالی که اگر روایت را این طور معنا می کردند که گوسفندان به چوپان

۱- الحدائق الناضره فی أحکام العتره الطاهره، ج ۲۰، ص ۶۰.

إجاره داده می شود و منافع گوسفندان(۱) در قبال پرداخت دراهم معلوم، ملک چوپان می شود، مشکلی پدید نمی آمد.

أعلام دیگری(۲) نیز مسأله را مطرح کرده اند که فعلاً به همین مقدار بسنده می کنیم.

۱- إن قلت: چه گوسفندان مورد اجاره واقع شوند و چه چوپان اجیر شود و منافع گوسفندان به عنوان مال الاجاره باشد، در هر صورت چون منافع گوسفندان مجهول می باشد اجاره باطل است. قلت: اگر گوسفندان مورد اجاره واقع شوند لازم نیست منافع گوسفندان کاملاً معیّن و مشخص باشد، کما این که در إجاره ی باغ قبل از بُدوّ صلاح، مقدار میوه های باغ مجهول است، به خلاف صورتی که منافع گوسفندان به عنوان مال الاجاره واقع شود که باید معین و مشخص باشد. (امیرخانی)

۲- نکت النهایه، ج ۲، ص۱۷۱: قوله: «و لا بأس أن یعطی الإنسان الغنم و البقر بالضریبه مده من الزمان بشی ء من الدراهم و الدنانیر و السمن، و إعطاء ذلک بالذهب و الفضه أجود فی الاحتیاط». هل یجوز الرجوع لأحدهما قبل استکمال المده؟ و هل یجوز بغیر الذهب و الفضه و السمن، من اللبن أو الصوف أو الغله أو غیر ذلک؟ و قوله: «أجود فی الاحتیاط» لم کان أجود؟ و الاحتیاط ما المراد به هنا؟ الجواب: الظاهر أن ذلک علی سبیل الجواز لا اللزوم، لأنه معاوضه علی ما لیس بمملوک، و النقل یضمن الجواز و رفع البأس، و لا یلزم من رفع البأس لو تراضیا به لزومه لهما. روی هذه الروایه الحسن بن محبوب عن عبد الله بن سنان عن أبی عبد الله علیه السلام عن رجل دفع غنمه الی رجل بسمن و دراهم معلومه، لکل شاه کذا و کذا فی کل شهر، قال: لا بأس بالدراهم، فأما السمن فلا أحب، إلا أن یکون حوالب فلا بأس. و عن الحلبی عن أبی عبد الله علیه السلام فی الرجل یکون له الغنم یعطیها بضریبه سمنا شیئا معلوما من کل شاه کذا و کذا، قال: لا بأس بالدراهم، و لست أحب أن یکون بالسمن. •

مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه (ط – الحدیثه)، ج ۱۹، ص۴۴۳: [قال العلامه] إن الأقوی أن المعقود علیه فی الإجاره إنما هو المنافع دون الأعیان و جزم فی التحریر بعدم الانعقاد فی استئجار الکرم للثمره و استشکل فی استئجار الغنم و الإبل و البقر للبنها و صوفها و شعرها و وبرها و قال قد روی أصحابنا جواز أخذ الغنم بالضریبه مده من الزمان و سیقرب فی الکتاب جواز استئجار الشاه لإرضاع سخله و قد تقدم لنا ترجیح استئجار الشاه للحلب لمکان صحیحه عبد اللّه بن سنان و حسنه الحلبی و إطلاقات الفتاوی و الإجماعات المستفیضه علی أن کل ما تصح إعارته تصح إجارته فلما کانت المسأله غیر قطعیه و کان للتأمل فیها مجال و کان أحمد و الشافعی یذهبان إلی أن الإجاره بیع و نوع منه أراد أن یقطع الشبهه من أصلها فاستدل علی عدم الانعقاد بوجهین (الأول) أنه بیع بلفظ الإجاره (و الثانی) أنه بیع الأعیان قبل وجودها أما الأول فلأنه تضمن نقل العین و لا یکون ذلک فی الإجاره فلا ینعقد بیعا لکونه بلفظ الإجاره و لا إجاره لکون المتعلق عینا و أما الثانی فلأن القائل بأنها بیع یقول بأنها بیع منفعه لا بیع عین و علی تقدیر التسلیم فهی هنا بیع للشی ء قبل وجوده و هما أی أحمد و الشافعی لا یجوزانه فلا یتجه قوله فی جامع المقاصد إن فی التعلیل مناقشتین (إحداهما) أن هذه الإجاره لا تتضمن بیعا لکنها لما اشتملت علی نقل العین لم تنعقد لأن لکل عقد حدا لا یتعداه. (الثانیه) أن قوله قبل وجودها غیر محتاج إلیه و لا ینبغی لأنه یقتضی أن المانع من الصحه هو مجموع الأمرین مع أن الأول وحده کاف فی المنع عندنا نعم فیه مناقشه من وجه آخر و هو أن ذلک لا یرتبط بالشرط المذکور و هو کون المنفعه مقومه بانفرادها لأنه لیس فی الأمثله منفعه استؤجر لها و لا قیمه لها بدون العین إذ المستأجر لأجله هو الثمره و النتاج و هما عینان فلعل الأولی أن یقول فلا یصح استئجار الغنم و المعز لغیر اللبن و الصوف علی رأی و لا استئجار المطاعم

للأكل و نحو ذلك.

نقد کلام شیخ قدس سره – در ظهور عبارت فقهاء در تملیک مطلق

فرمایش علامه و صاحب حدائق قدس سرهما - که اعطاء بقر و غنم بالضریبه نه بیع است و نه إجاره، بلکه نوعی معاوضه و تراضی دیگر است شاهد جناب شیخ قدس سره - است که فرمود: ظاهر عبارت برخی آن است که بیع [إعطاء] لبن شاه، تملیک مطلق بوده و اعم از بیع است؛ چون ظاهر این معاوضه و تراضی، تملیک است؛ نه إباحه و به همین خاطر قابلیّت فسخ دارد و الا فسخ معنا نداشت، امّا ملکیّت خاص حاصل از بیع نیست، بلکه ملکیت مطلق است.

صرف نظر از اشکالی که بر کلام علامه و صاحب حدائق قدس سرهما - وارد کردیم که مانعی ندارد اعطاء بقر و غنم بالضریبه به نحو إجاره باشد، خدمت جناب شیخ قدس سره - عرض می کنیم:

همان طور که بیان کردیم ملکیّتی که با بیع یا اسباب دیگر حاصل می شود هیچ

تفاوتی با هم نداشته و همه ملکیّت مطلق است؛ یعنی ملکیّتی که مثلاً با بیع حاصل می شود ملکیّت خاص نیست، بلکه ملکیّت مطلق است، فقط سبب آن خاص است؛ یعنی متعاملین بیع را قصد می کنند که مشتمل بر تملیک مطلق است، یا در صلح، متعاملین قصد صلح می کنند ولی ملکیتی که حاصل می شود ملکیت مطلق است.

بنابراین اگر مراد علامه و صاحب حدائق قدس سرهما - در مورد ملکیّت حاصل از اعطاء بقر و غنم بالضریبه، آن است که این ملکیّت با سبب خاصّی غیر از بیع و إجاره و ... حاصل شده است، می گوییم از آن جا که ملکیتی که از این سبب خاص حاصل می شود با ملکیت حاصل از اسباب دیگر تفاوتی ندارد و همه ملکیّت مطلق است، پس از عبارات علامه و صاحب حدائق قدس سرهما - چیزی به نام «ملکیّت مطلق» در مقابل «ملکیت خاص» استفاده نمی شود.

و اگر مراد علامه و صاحب حدائق قدس سرهما - آن است که این ملکیّت با سبب خاصّی مانند بیع، اجاره، صلح و ... حاصل نشده و متعاملین سببی را قصد نکرده اند، کلامشان درست نیست و خود إعطاء غنم و بقر بالضریبه می تواند سببی در عرض بیع، إجاره، هبه، صلح و ... باشد.

پس خلاصه این که اگر متعاطیین قصد تملیک مطلق کنند معنایش این نیست که بیع و امثال آن را قصد نکرده اند و اگر احیاناً آن تملیک، تحت هیچ یک از عناوین خاص قرار نگرفت، از آن جا که تملیک در همان عالم اعتبار بدون سبب واقع نمی شود، می گوییم ملکیت از سبب جدیدی پدید آمده که اسم خاصّی ندارد.

بنابراین تملیک مطلق، بدون قصد سبب و انطباق عنوانی از عناوین متصوّر نیست و صرف نظر از قصد سبب، خود ملکیت به نحو مطلقه قصد می شود و از این نظر ملکیّت خاصّه معنا ندارد.

بنابراین احتمال چهارمی که در مورد معاطات ذکر شده، اگر متعاطیین فقط قصد تملیک داشته باشند چیزی جز احتمال دوم نیست، امّا اگر همراه قصد تملیک، سبب خاصی غیر از بیع، اجاره، هبه و ... کرده باشند، گرچه غیر از احتمال دوم است ولی خارج از محل بحث است؛ زیرا محل کلام جایی است که متعاطیین قصد بیع و یا اباحه داشته باشند که مفید ملکیّت مطلقه [یا إباحه] است.

اقوال در نتیجه ی معاطات

اشاره

مرحوم شیخ می فرماید: «فالأقوال فی المعاطاه علی ما یساعده ظواهر کلماتهم ستّه».(۱)

سید یزدی قدس سره - نیز در حاشیه بر مکاسب(۲) قول دیگری به آن اضافه می کند که در مجموع هفت قول می شود که عبارتند از:

قول اوّل: مفید لزوم (ملکیّت لازم) مطلقاً

قول اوّل که اکثر معاصرین به آن قائلند این است که معاطات هیچ تفاوتی با بیع بالصیغه نداشته و مفید ملک لازم برای متعاطیین است مطلقا؛ چه دالّ بر تراضی، لفظ [غیر واجد شرائط] باشد و چه نباشد.

۱- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص۳۷: فالأقوال فی المعاطاه علی ما یساعده ظواهر کلماتهم ستّه: اللزوم مطلقاً، کما عن ظاهر المفید، و یکفی فی وجود القائل به قول العلّامه رحمه اللّه فی التذکره: الأشهر عندنا أنّه لا بدّ من الصیغه. و اللزوم بشرط کون الدالّ علی التراضی أو المعامله لفظاً، حکی عن بعض معاصری الشهید الثانی، و بعض متأخری المحدّثین، لکن فی عدّ هذا من الأقوال فی المعاطاه تأمّل. و الملک الغیر اللازم، ذهب إلیه المحقّق الثانی، و نسبه إلی کلّ من قال بالإباحه. و فی النسبه ما عرفت. و عدم الملک مع إباحه جمیع التصرّفات حتی المتوقّفه علی الملک، کما هو ظاهر عبائر کثیر، بل ذکر فی المسالک: أنّ کلّ من قال بالإباحه یسوّغ جمیع التصرّفات. و إباحه ما لا یتوقّف علی الملک، و هو الظاهر من الکلام المتقدّم عن حواشی الشهید علی القواعد، و هو المناسب لما حکیناه عن الشیخ فی إهداء الجاریه من دون إیجاب و قبول. و القول بعدم إباحه التصرّف مطلقاً، نسب إلی ظاهر النهایه، لکن ثبت رجوعه عنه فی غیره.

۲- حاشیه المکاسب (للیزدی)، ج ۱، ص۶۸: أقول و هنا قول سابع و هو أنّها معامله مستقلّه مفیده للملکیه و لیست بیعا و إن کانت فی مقامه حکی عن الشّیخ الکبیر الشّیخ جعفر قدّس سرّه و أمّا المحقّق الثّانی فهو یجعلها بیعا جائزا فلا یرجع هذا القول إلی قوله.

این قول در میان قدماء شیعه طرفدار ندارد، تنها کسی که در میان قدما به وی نسبت داده شده شیخ مفید قدس سره - در مقنعه است.

عبارت مقنعه این چنین است:

باب عقود البیوع: و البیع ینعقد علی تراض بین الاثنین فیما یملکان التبایع له إذا عرفاه جمیعا و تراضیا بالبیع و تقابضا و افترقا بالأبدان.

و من ابتاع شیئا معروفا بثمن مسمی و لم یقبضه و لا قبض ثمنه و فارق البائع بعد العقد لینقده الثمن فهو أحق به ما بینه و بین ثلاثه أیام فإن مضت ثلاثه أیام و لم یحضر الثمن کان البائع بالخیار إن شاء فسخ البیع و باع من(۱) سواه و إن شاء طالبه بالثمن علی التعجیل له و الوفاء و ... .(۲)

بیع با تراضی طرفین در آن چه که مالک خرید و فروش آن هستند منعقد می شود در صورتی که عوض و معوّض را بشناسند و راضی به بیع بوده و تقابض کنند و با بدن هایشان از هم جدا شوند.(۳)

کسی که شیء معروفی [غیر مجهول] را به ثمن مشخصی خرید، ولی آن را قبض نکرد و ثمن را إقباض نکرد و از بایع جدا شد تا بعداً ثمن را پرداخت کند، تا سه روز أحق به آن شیء است. پس اگر سه روز گذشت و ثمن را حاضر نکرد بایع دارای خیار است، اگر خواست بیع را فسخ می کند و به دیگری می فروشد و اگر خواست می تواند ثمن را مطالبه کند ... .

مشهور از اطلاق کلام شیخ مفید قدس سره - استفاده کرده اند که ایشان بیع معاطاتی را

۱- ظاهراً «ممن سواه» باید باشد.

۲- المقنعه (للشیخ المفید)، ص۵۹۱.

۳- یعنی خیار مجلس ساقط شود؛ چراکه «البیّعان بالخیار ما لم یفترقا».

نیز موجب انعقاد و لزوم عقد می داند؛ زیرا بدون آن که بیع را مقید بالصیغه کند علی الاطلاق فرمود موجب انعقاد و لزوم می شود، ولی عده ای(۱) گفته اند مراد شیخ مفید از «بیع» در این عبارت بیع بالصیغه است و به خاطر وضوح و مسلّم بودن نزد ایشان و اعتماداً علی الظهور عند الناس به آن تصریح نفرموده است. شاهدش این است که نظیر چنین تعبیری را در کتاب نکاح(۲) نیز دارند و اسمی از صیغه نبردند در حالی که قطعاً نکاح بالصیغه مرادشان است؛ زیرا اجماع قطعی بر لزوم صیغه در نکاح است.

مضاف به این که فرع بعدی نیز در کلام شیخ مفید فقط با بیع بالصیغه سازگار است؛ چون فرض آن است که بیع محقق شده ولی قبض و اقباضی صورت نگرفته است.

ولی با این حال به نظر می رسد کلام شیخ مفید قدس سره – اطلاق داشته و شامل معاطات نیز بشود؛ چراکه لزوم صیغه در بیع، امر مسلّمی نبوده کما این که در فقه عامه نیز مسلّم نبوده و طبق نقل علامه در تذکره(۳)، أحمد حنبل و مالک مطلقاً و

۱- الحاشیه الثانیه علی المکاسب (للخوانساری)، ص ۸۰: الانصاف عدم الظّهور فی کلامه و ان اوهم اطلاق عبارته ذلک فعن المقنعه «و البیع ینعقد علی تراضی بین الاثنین فیما یملکان التبایع له اذا عرفاه جمیعا و تراضیا بالبیع و تقابضا و افترقا بالابدان» ه و سیجی ء فی المتن انّه یحتمل قویّا ارادته من ذلک بیان الشّرائط لصحّه العقد و لزومه لا إراده تحقّق البیع بذلک من دون صیغه و یکون ترکه لذکر الصّیغه اتّکالاـ علی معلومیّه اعتبارها فیه کترکه علی المحکی لاعتبار الصّیغه فی النّکاح و الطلاق أیضا مع اعتبارها فیهما من دون خلاف و لا اشکال.

۲- در مقنعه عبارتی که مفید تعریف عقد نکاح باشد تا ما نحن فیه را بتوان با آن قیاس کرد پیدا نکردیم. (امیرخانی)

۳- تذکره الفقهاء (ط - الحدیثه)، ج ۱۰، ص۷: الفصل الثانی فی الصیغه: مسأله ۱: الأشهر عندنا: أنّه لا بدّ منها، و لا تکفی المعاطاه فی الجلیل و الحقیر، مثل: أعطنی بهذا الدینار ثوبا، فیعطیه ما یرضیه، أو یقول: خذ هذا الثوب بدینار، فیأخذه و به قال الشافعی مطلقا لأصاله بقاء الملک، و قصور الأفعال عن الدلاله علی المقاصد. و بعض الحنفیّه و ابن سریج فی الجلیله. و قال أحمد: ینعقد مطلقا و نحوه قال مالک، فإنّه قال: بع بما یعتقده الناس بیعا لأنّه تعالی أحلّ البیع و لم یبیّن الکیفیّه، فتحال علی العرف کالقبض، و البیع وقع فی زمانه علیه السّلام کثیرا و لم ینقل اللفظ، و إلّا لتواتر. و الجواب: المعاطاه تثبت فی غیر البیع، فیجب عود النصّ إلی غیرها. و نمنع عدم التواتر، و الاستغناء بالإباحه عنه.

بعض حنفیه در محقرات قائل به عدم لزوم صیغه بودند و از آن جا که فقه ما به گونه ای با توجه به اهل تسنّن پیش رفته و فقهاء ما با نگاه به فقه آنان فروعات فقهی را مطرح کرده اند، پس معلوم می شود لزوم صیغه، امر واضح و مسلّمی نبوده تا بگوییم مراد از بیع در کلام شیخ مفید، بیع بالصیغه بوده، مگر این که کسی ادعا کند نزد شیعه واضح بوده، که آن هم قابل اعتماد نیست. پس اطلاق کلام ایشان، مفید آن است که بیع معاطاتی در صحت و لزوم بیع کافی است.

خصوصاً با توجه به این که «تقابض» را به عنوان شرط انعقاد و لزوم بیع ذکر کرده، در حالی که چنین شرطی فقط در معاطات لازم است(۱) و در بیع بالصیغه با قبض یکی از طرفین بدون قبض طرف دیگر نیز عقد لازم شده و دیگر قابل انفساخ نیست.(۲)

۱- آن هم بنابر آن که إعطاء یا قبض هر کدام به تنهایی کافی در تحقّق معاطات نباشد.

۲- اگر بگوییم شرط «تقابض» را به جهت داخل کردن معاطات ذکر فرموده، لازمه اش آن است که با این شرط، بیع بالصیغه خارج شود؛ چراکه در بیع بالصیغه تقابض لازم نیست، بلکه قبض یکی از عوضین کفایت می کند! پس اگر خواسته باشند معاطات را داخل کنند مناسب بود که هم تقابض و هم قبض یکی از عوضین هر دو را ذکر می کردند؛ نه فقط تقابض. بنابراین به نظر می رسد کلام ظهور در شمول بیع معاطاتی ندارد و این که شرط تقابض را ذکر فرموده تسامحاً بوده و این که به هر حال تقابض در بیع بالصیغه موجب لزوم می شود. (امیرخانی) • مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، ج ۱۲، ص۵۰۴: نقل الآبی فی «کشف الرموز» عن المفید و الشیخ أنّه لا بدّ فی البیع عندهما من لفظٍ مخصوص کما ستسمعه إن شاء اللّه. و بهذا یبعُد ما فهموه من عباره المفید فلا تغفل، و الرجل قریب العهد عارف بالأقوال من تلامذه المحقّق. • مختلف الشیعه فی أحکام الشریعه، ج ۵، ص۵۱: و للمفید قول یوهم الجواز فإنّه قال: و البیع ینعقد علی تراض بین الاثنین فیما یملکان التبایع له إذا عرفاه جمیعا و تراضیا بالبیع و تقابضا و افترقا بالأبدان. و لیس فی هذا تصریح بصحته، إلّا أنّه موهم.

إن قلت: در لزوم بيع بالصيغه قبض أحد الطرفين كافى است، پس ذكر تقابض بدون وجه است.

قلت: بعيد نيست نظر شيخ مفيد قدس سره - در اين جا به خصوص بيع معاطاتى باشد و در صدد بيان اين مطلب باشند كه كمترين شرائط لزوم بيع به طور نسبى امورى است كه ذكر فرموده اند، گرچه اين توجيه با فرع بعدى مذكور در كلام شيخ مفيد سازگارى ندارد؛ زيرا در آن فرع مفروض تحقق عقد به لفظ است؛ چون قبض و اقباضى رخ نداده است.

بالجمله اين كه به ظاهر كلام شيخ مفيد قدس سره - نسبت داده شده كه ايشان قائل به لزوم در معاطات شده اند درست بوده و ظهور قويى در آن دارد، ولى به هر حال از حد ظهور تجاوز نمى كند.

قول دوم: مفيد ملكيّت جائزه

قول دوم بيان مى كند معاطات مفيد ملكيّت است ولى ملكيّت جائزه و متزلزله كه با تلف يكى يا به حكم تلف لازم مى شود.

محقق كركى قدس سره - اين قول را اختيار كرده(۱) و به ظاهر اصحاب نيز نسبت داده،

۱- جامع المقاصد فى شرح القواعد، ج ۴، ص۵۸: [المعاطاه]: مفاعله من الإعطاء، فظاهره أنها لا تكفى فى المقصود فى البيع، و هو: نقل الملك. و ليس كذلك، فان المعروف بين الأصحاب أنها بيع و إن لم تكن كالعقد فى اللزوم، خلافا لظاهر عباره المفيد، و لا يقول أحد من الأصحاب بأنها بيع فاسد سوى المصنف فى النهايه، و قد رجع عنه فى كتبه المتأخّره عنها. و قوله تعالى (وَ أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ) يتناولها، لأنها بيع بالاتفاق، حتّى القائلين بفسادها، لأنّهم يقولون: هى بيع فاسد. و قوله تعالى (إِلّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ) فإنه عام، إلا فيما أخرجه دليل. و ما يوجد فى عباره جمع من متأخرى الأصحاب: من أنها تفيد إباحه، و تلزم بذهاب إحدى العينين، يريدون به: عدم اللزوم فى أول الأمر، و بالذهاب يتحقق اللزوم، لامتناع إراده الإباحه المجرده عن أصل الملك، إذ المقصود للمتعاطين إنما هو الملك، فإذا لم يحصل كانت فاسده (و لم يجز التصرف فى العين، و كافه الأصحاب على خلافه. و أيضا فإن الإباحه المحضه) لا تقتضى الملك أصلا و رأسا، فكيف يتحقق ملك مال شخص بذهاب مال آخر فى يده؟ و إنما الأفعال لما لم تكن دلالتها على المراد فى الصراحه كالأقوال و إنما تدل بالقرائن، منعوا من لزوم العقد بها، فيجوز الترادّ ما دام ممكنا، فمع تلف إحدى العينين يمتنع التراد، فيتحقق اللزوم، لأن إحداهما فى مقابل الأخرى، و يكفى تلف بعض إحدى العينين لامتناع التراد فى الباقى، إذ هو موجب لتبعيض الصفقه، و للضرر، و لأن المطلوب هو كون إحداهما فى مقابل الأخرى.

هر چند آن نسبت، شدیداً جای تأمّل دارد، کما سیظهر إن شاء اللّه.

قول سوم: مفید ملکیت لازم در صورتی که دالّ بر تراضی، لفظ باشد

قول سوم را شهید ثانی قدس سره - در مسالک به بعض [مشایخ] معاصرین خود نسبت داده(۱) و بعض متأخرین از محدّثین(۲) نیز آن را اختیار کرده است.

۱- مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام، ج ۳، ص۱۴۷: انّ ظاهر کلام المفید رحمه اللّه یدلّ علی الاکتفاء فی تحقق البیع بما دلّ علی الرضا به من المتعاقدین إذا عرفاه و تقابضا. و قد کان بعض مشایخنا المعاصرین* یذهب إلی ذلک أیضا، لکن یشترط فی الدال کونه لفظا. و إطلاق کلام المفید أعمّ منه. * هو السید حسن بن السید جعفر الکرکی، کما حکاه السید العاملی فی مفتاح الکرامه: • مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه (ط - القدیمه)، ج ۴، ص۱۵۶: و القول المذکور نقله فی المسالک عن بعض مشایخه المعاصرین و هو السید حسن بن السید جعفر لکنه قال إنه یشترط فی الدال کونه لفظا.

۲- الحدائق الناضره فی أحکام العتره الطاهره، ج ۱۸، ص۳۵۵: المفهوم مما نقله فی المسالک عن بعض مشایخه المعاصرین، هو اشتراط وجود اللفظ الدال علی التراضی من الطرفین. و المفهوم مما نقل عن المفید: الاکتفاء بمجرد التراضی، و لو بالإشاره و القرائن، و ان لم یحصل بینهما ألفاظ داله علی ذلک، و اختاره فی المفاتیح و سجل علیه. و الظاهر هو الأول، لتطرق القدح الی ما ذکره، فإن الأصل بقاؤ ملک کل واحد لمالکه حتی یعلم الناقل شرعا، و غایه ما یفهم من الاخبار الجاریه فی هذا المضمار- مما تلوناه علیک و نحوه- هو النقل و صحه العقد بالألفاظ الجاریه من الطرفین، الداله علی التراضی بمضمون ذلک العقد، دون الصیغ الخاصه التی اعتبرها الأکثر. و اما مجرد التراضی و التقابض من غیر لفظ یدل علی ذلک فلم یقم علیه دلیل، و حدیث «انما یحلل الکلام و یحرم الکلام» مؤید ظاهر لما قلنا، و غایه ما تدل علیه الأدله التی استند إلیها، من الهدایا و الهبه و وقوع الشراء قدیما و حدیثا من البائع بغیر کلام إذا کان السعر معهودا و نحو ذلک، هو جواز التصرف، و هو مما لا نزاع فیه و لا إشکال، اما کونه موجبا للنقل من المالک السابق ما دامت العین موجوده، بحیث لا یجوز لصاحبها الرد فیها، فغیر معلوم، کیف و قد صرحوا بأنه لا خلاف فی جواز الرد فی الهدایا ما دامت العین موجوده، و حدیث «انما یحلل الکلام و یحرم الکلام» مؤید أیضا، إذ لم یحصل من الکلام ما أوجب الانتقال حتی یحرم الرد و الرجوع، و اما جواز التصرف فلا ینافی الخبر المذکور، لانه محمول علی اللزوم و علی ما بعد الرجوع، جمعا بینه و بین ما دل علی الإباحه بالتراضی. و بالجمله فالتمسک بأصاله بقاء الملک حجه قویه، الی ان یحصل المخرج عن ذلک من الحجج الشرعیه، و غایه ما یستفاد من الاخبار- کما عرفت- هو الاکتفاء بالتراضی الحاصل من الألفاظ، دون مجرد التراضی.

این قول(۱) بین معاطاتی که دالّ بر تراضـی در آن لفظ باشد و معاطاتی که دالّ بر تراضی در آن، غیر لفظ باشد تفصیل داده و فرموده است: اگر دالّ بر تراضی لفظ باشد مفید ملکیّت لازم است و اگر غیر لفظ باشد مفید إباحه(۲) است. به

۱- مرحوم شیخ درباره ی این قول می فرماید: «اللزوم بشرط کون الدالّ علی التراضـی أو المعـامله لفظاً، حکی عن بعض معاصری الشـهید الثانی، و بعض متأخری المحدّثین، لکن فی عدّ هذا من الأقوال فی المعاطاه تأمّل.» همان طور که ملاحظه می فرمایید مرحوم شیخ می فرماید: در این قول لازم است دالّ بر «تراضـی» یا «معامله» لفظ باشد، و «معامله» را نیز اضافه کرده، در حالی که قائلین به این قول، فقط دالّ بر تراضـی را گفته اند و شاید به همین خاطر باشد که شیخ در نهایت می فرماید: شمردن این قول در عِـداد اقوال در معاطات محل تأمل است؛ زیرا اگر دالّ بر تراضـی فقط لفظ باشـد، ولی معامله با فعل باشد؛ نه لفظ، جـای شـبهه نیست که معاطات است. (امیرخانی) • حاشـیه المکاسب (للإیروانی)، ج ۱، ص۷۷: إذا کان المراد من الـدالّ علی التراضـی ما یـدلّ علی المساومه و مقـدّمات البیع صـحّ عـدّ هـذا القول تفصـیلا فی المسأله و أمّا إذا کان المراد منه ما یـدلّ علی المعـامله و إنشائهـا کما هو ظاهر المصـنّف خرج عن کونه تفصـیلا فی المسأله و کان قولا ببطلان المعاطاه رأسا و اعتبار الجنس اللّفظ مع إلغاء سائر الخصوصیّات من العربیّه و الماضویّه و أشباههما.

۲- مفید اباحه بودن در کلام قائلین به این قول که یکی معاصـر شهید ثانی و دیگری صاحب حدائق۴ است تصریح نشده، ولی شاید بتوان از مجموع کلام صاحب حدائق آن را استفاده کرد. (امیرخانی)

عنوان مثال اگر پول را به نانوا تحویل داد و نان را برداشت بـدون این که کلامی ردّ و بـدل شود این معاطات مفید اباحه است. امّا اگر دالّ بر تراضـی به نوعی لفظ باشـد؛ البته نه لفظی که ایجاب و قبول باشد که در این صورت بیع بالصـیغه می شود، بلکه مثلاً به فروشـنده بگویـد فلان جنس را داری به من بفروشـی؟ و فروشـنده بگوید بله دارم الان می آورم! سـپس خریدار پول را تحویل داده جنس را بگیرد، این معاطات مفید ملکیّت لازم است.

قول چهارم: مفید إباحه ی جمیع تصرّفات حتّی تصرّفات متوقف بر ملک

قول چهـارم آن است که معاطات مفیـد اباحه ی تامّه است؛ یعنی طرفین می تواننـد هر نوع تصـرّفی در مأخوذ به معاطات انجام دهند حتی تصرّفاتی که متوقف بر ملک باشد، مثل فروش آن.

تفاوت این قول با ملکیّت غیر لازم آن است که هر یک از متعاطیین می توانند نماء مال خود را مطالبه کنند یا علاوه بر تصرف طرف مقابل، خودشان نیز در آن تصـرف کننـد؛ نظیر غذایی که صاحب خانه جلوی مهمان می گذارد که علاوه بر آن که می تواند غذا را بردارد، خودش نیز می تواند در آن تصرف کند.

قول پنجم: مفید إباحه ی تصرّفات غیر متوقّف بر ملک

قول پنجم آن است که معاطات مفید اباحه است، امّا نه اباحه ی مطلقه بلکه اباحه ی تصـرفات غیر متوقفه بر ملک. بنابراین طبق این قول تصرفات متوقف بر ملک، مانند وطی جاریه، عتق عبد، اخراج در خمس و زکات، بیع و ... جایز نیست.

این قول را ظاهراً شهید اوّل قدس سره – در حاشیه بر قواعد انتخاب کرده است.(۱)

۱- حکـاه السـید العـاملی فی مفتـاح الکرامـه: • مفتـاح الکرامه فی شـرح قواعـد العلامـه (ط – القـدیمه)، ج ۴، ص۱۵۸: و فی الـدروس یشـبه أن یکون من المعاطاه ... و فی حواشـی الکتاب لا یجوز لأحدهما أن یخرجها فی زکاه أو خمس أو ثمن الهدی قبل التلف یریـد تلف العین الأخری و (قال) و یجوز أن یکون الثمن و المثمن مجهولین لأنها لیست عقدا و کذا جهاله الأجل (و قال) لو اشتری أمه بالمعاطاه لم یجز له نکاحها قبل تلف الثمن فإن وطئ کان بشبهه انتهی.

قول ششم: بطلان معامله و عدم ترتّب اثر

این قول که ضعیف ترین قول در معاطات است بیان می کند که معاطات معامله ی فاسد است و هیچ اثری حتی اباحه بر آن مترتّب نیست، لذا تصرف در مال مأخوذ به معاطات حرام بوده و موجب ضمان است.

این قول را علامه قدس سره – در نهایه الإحکام(۱) اختیار کرده، ولی در کتب دیگر از آن عدول کرده است. (۲)

۱- نهایه الإحکام فی معرفه الأحکام، ج ۲، ص۴۴۸: و لا بد من الصیغه الداله علی الإیجاب و القبول، للنهی عن الأکل بالباطل، بل المأمور به التجاره عن التراضی، و الرضا من الأمور الباطنه التی یعسر الوقوف علیها، فناط الشارع الحکم باللفظ الظاهر توصلا علی علم الباطن غالبا، و لم یعتد بالنادر ... . و المعاطاه لیست بیعا، و هو أن یقول: أعطنی بهذا الدینار جزءا، فیعطیه ما یرضیه. أو یقول: خذ هذا الثوب بدینار فیأخذه، لأن الأفعال لا دلاله لها بالوضع، و قصود الناس فیها تختلف. و لا فرق بین المحقرات و غیرها، لأصاله بقاء الملک فیهما. و هل هو إباحه؟ أو یکون حکمه حکم المقبوض بسائر العقود الفاسده؟ الأقرب الثانی، فلکل منهما مطالبه الآخر بما سلمه إلیه ما دام باقیا، و یضمنانه إن کان تالفا. فلو کان الثمن الذی قبضه البائع مثل القیمه، فهو مستحق ظفر بمثل حقه و المالک راض فله تملکه. و یحتمل العدم. • قواعد الأحکام فی معرفه الحلال و الحرام، ج ۲، ص۱۶: و لا بدّ من الصیغه الدالّه علی الرضا الباطنی، و هی: الإیجاب کقوله: بعت و شریت و ملّکت، و القبول و هو: اشتریت أو تملّکت أو قبلت. و لا تکفی المعاطاه و إن کان فی المحقّرات، و لا الاستیجاب و الإیجاب، و هو: أن یقول المشتری: بعنی، فیقول البائع: بعتک، من غیر أن یردّ المشتری ... و لو قبض المشتری بالعقد الفاسد لم یملک و ضمن.

۲- تحریر الأحکام الشرعیه علی مذهب الإمامیه (ط – الحدیثه)، ج ۲، ص۲۷۵: و الأقوی عندی انّ المعاطاه غیر لازم، بل لکلّ منهما فسخ المعاوضه ما دامت العین باقیه، فإن تلفت إحدی العینین لزمت، و لا یحرم علی کلّ واحد منهما الانتفاع بما قبضه، بخلاف البیع الفاسد. • أجوبه المسائل المهنائیه، ص۱۲۶: الأقوی فی ذلک أن انتقال الأعیان موقوف علی العقد، و أما المعاطاه فلا یفید الانتقال لکن یصح لکل واحد من المتعاطیین الانتفاع بما وصل الیه لتضمن ذلک الاذن فی التصرف، و لا یکون المنتفع مستعملا للحرام، و لکل الرجوع فی سلعته مع بقائها، لأصاله بقائها علی ملک مالکها.

قول هفتم: معامله ای مستقل و مفید ملکیت

این قول که به شیخ کبیر کاشف الغطاء قدس سره - نسبت داده شده(۱) آن است که معاطات بیع نبوده، بلکه معامله ای برأسها و مستقل است که مفید ملکیّت بوده ولی احکام بیع را ندارد. (۲)

۱- شرح الشیخ جعفر علی قواعد العلامه ابن المطهر، ص۱۴۲: أنها هل هی داخله فی اسم المعامله التی قامت فی مقامها فیجری فیها شرائطها و أحکامها الظاهر من جماعه من الأصحاب اختیار ذلک فتجری فیها قائمهً مقام البیع أحکام الشفعه و الخیار و الصرف و السلم و بیع الحیوان أو الثمار و جمیع شرائطه سوی الصیغه. و لم یقم علی ذلک شاهد معتبر من کتاب أو سنّه أو إجماع. و الأقوی أنها قسم آخر بمنزله الصلح و العقود الجائزه یلزم فیها ما یلزم فیها فتصح المعاطاه علی المشاهد من مکیل أو موزون من غیر اعتبار مکیال أو میزان و بنحو ذلک جرت عاده المسلمین. نعم لو أرادوا المدّاقه بنوا له علی إیقاع الصیغه و المحافظه علی الشروط فالظاهر أنه متی جاء الفعل مستقلًا أو مع ألفاظ لا تستجمع الشروط مقصوداً بها المسامحه جاء حکم المعاطاه أو علی الأول فإن صرّح فیها بإلحاق ببیع أو غیره بنی علیه و إلا فالبیع أصل فی المعاوضه علی الأعیان مقدمٌ علی الصلح و الهبه المعوّضه و الإجاره أصل فی نقل المنافع مقدمه علی الصلح و الجعاله ثمّ، اللزوم لیس من المقتضیات الأصلیه و إنما هو من التوابع و اللواحق الشرعیه فقصده غیر مخلّ و إن لم یصادف محله، و قد تبیّن أن حکم المعاطاه إنما یجی ء من خلل بالصیغه أما فی نفسها أو نظمها کتقدیم القبول أو حصول الفصل الطویل و لو جاء الخلل من خارج اللفظ أو منه مراداً به الجامع للشروط فإن کان مع التصریح بالإباحه المجرده مطلقهً أو مقیده بالاستمرار و عدمه فی الحکم واضح.

۲- و قد نسبه السید العاملی فی مفتاح الکرامه إلی حواشی الکتاب [حواشی القواعد] للشهید قدس سرهما -: • مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه (ط - الحدیثه)، ج ۱۲، ص۵۱۱: و تجویزه الجهاله فی الثمن و المثمن و الأجل ممّا یقضی بأنّه لا یشترط فیها جمیع الشروط المعتبره فی صحّه البیوع سوی الصیغه و قد یدّعی أنّ ظاهرهم ذلک، لأنّ الظاهر منهم أنّها معاوضه برأسها ... . و هل تصیر بیعاً علی تقدیر لزومها بأحد الوجوه أو معاوضه برأسها؟ ففی «حواشی الکتاب» أنّها معاوضه برأسها إمّا لازمه و إمّا جائزه فقد جعلها أوّلًا و آخراً معاوضه علی حده، و هو الظاهر من کلامهم. و قد سمعت ما فی «جامع المقاصد» من أنّها بیع. و فی المسالک و الروضه علی تقدیر لزومها فیه وجهان: من حصرهم المعاوضات و لیست إحداها و من اتفاقهم علی أنّها لیست بیعاً مع الألفاظ الدالّه علی التراضی فکیف تصیر بیعاً مع التلف. ثمّ قال فی «المسالک»: و تظهر الفائده فی ترتّب الأحکام المختصّه بالبیع علیها کخیار الحیوان لو کان التالف الثمن أو بعضه. • المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص۷۲: کما اعترف بها الشهید رحمه اللّه فی موضعٍ من الحواشی؛ حیث قال: إنّ المعاطاه معاوضه مستقلّه جائزه أو لازمه، انتهی.

مروری گذرا بر مستند اقوال هفت گانه

مستند قول اوّل را که معاطات مفید ملکیت لازم است می توان اطلاقات ادلّه ی معاملات مانند (أَحَلَّ اللهُ البیعَ)، (تِجارةً عَن تَراضٍ)، (أوفُوا بِالعُقُود) و نیز سیره ی عقلائیه ی غیر مردوعه ذکر کرد.

نظر علامه حلّی - رحمه الله علیه - در نهایه را که مقابل این قول قرار گرفته و معاطات را بیع فاسد دانسته که «لایترتب علیه شیءٌ» می توان این چنین توجیه کرد که چون «بیع» إنشاء است و ادعای اجماع شده که «الإنشاء هو القول الذی یوجد به مدلوله» پس مدلول إنشاء فقط با قول محقق می شود. و نیز کلامی را که شهید ثانی قدس سره - در مسالک از عده ای نقل کرده و چه بسا ادعای اجماع کرده اند که «الناقل للملک لابدّ أن یکون من الاقوال الصریحه فی الإنشاء منصوبه من قبل الشارع»(۱) می تواند

۱- مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام، ج ۳، ص۱۴۸: هل المراد بالإباحه الحاصله بالمعاطاه قبل ذهاب العین افاده ملک متزلزل کالمبیع فی زمن الخیار، و بالتصرف یتحقق لزومه، أم الإباحه المحضه التی هی بمعنی الإذن فی التصرف، و بتحققه یحصل الملک له و للعین الأخری؟. یحتمل الأول، بناء علی ... . و یحتمل الثانی، التفاتا إلی انّ الملک لو حصل بها لکانت بیعا و مدّعاهم نفی ذلک، و احتجاجهم بانّ الناقل للملک لا بدّ أن یکون من الأقوال الصریحه فی الإنشاء، المنصوبه من قبل الشارع.

به عنوان دلیل برای قول علامه در نهایه باشد؛ چراکه با این اجماع، عمومات و اطلاقات تخصیص و تقیید خورده و سیره نیز ردع می شود.

قائلین به مفید اباحه بودن معاطات مدعی هستند که اجماع بر آن قائم است؛ لذا اگر استدلال اوّل را قبول داشته باشند می گویند آن اطلاقات با این اجماع تقیید خورده است و اگر استدلال علامه را در اصل قبول داشته باشند می گویند گرچه بیع بدون صیغه محقق نمی شود، امّا اجماع وجود دارد که اباحه محقق می شود.

امّا این که این اباحه به نحو مطلق است یا مقید به تصرفات غیر متوقف بر ملک، بستگی به سعه و ضیق اجماع مورد قبول دارد.

برای خصوص اباحه ی تصرفات غیر متوقف بر ملک نیز می توان این دلیل را که شهید ثانی در مسالک(۱) بیان فرموده اضافه کرد که چون بیع فاسد است پس تصرفات متوقف بر ملک جایز نیست، ولی چون هر یک دیگری را بر مال خود تسلیط کرده، پس تصرفات غیر متوقف بر ملک را اجازه داده است.

برای قولی که تفصیل داده اگر دالّ بر تراضی لفظ باشد مفید ملکیت لازم و اگر غیر لفظ باشد مفید إباحه است می توان این چنین استدلال کرد که طبق اصل اولی، دلیل قول اوّل صحیح بوده و مفید ملکیت لازم است، از طرف دیگر اجماع

۱- همان، ص۱۴۹: و إنّما حصلت الإباحه باستلزام إعطاء کل منهما الآخر سلعته مسلطا له علیها الإذن فی التصرف فیها بوجوه التصرفات، فاذا حصل کان الآخر عوضا عمّا قابله لتراضیهما علی ذلک، و قبله یکون کل واحد من العوضین باقیا علی ملک مالکه، فیجوز له الرجوع فیه.

قائم است بر این که در معاطات بیش از اباحه پدید نمی آید، ولی از آن جا که اجماع دلیل لبّی است به قدر متیقن از آن اکتفاء می شود و آن، جایی است که اصلاً مقرون به لفظ نباشد.

امّا دلیل این که معامله ی مستقل و برأسهاست این است که ادلّه ی شرعیه ی امضاء بیع شامل معاطات نمی شود به خاطر یکی از وجوهی که بیان کردیم و بعداً نیز بیان خواهیم کرد همچنین معاطات مورد نظر تحت عقود معروف دیگر مانند اجاره، مصالحه، مزارعه، مساقات و ... نیز قرار نمی گیرد، پس معامله ای برأسهاست که چون شارع آن را ردع نکرده یا مشمول عمومات بوده صحیح می باشد.

همان طور که ملاحظه می کنید محور مهم استنباط و مستند این اقوال، قبول یا عدم قبول «اجماع» می باشد، لذا بررسی وجود اجماع در مسأله و حدود آن، از اهمیت ویژه ای برخوردار است.

اگر اجماع در مسأله ثابت نشود یا به مقداری که ادعا شده ثابت نشود، باید به مقتضای ادلّه ی اوّلیه اکتفا شود. مقتضای ادلّه ی اوّلیه در أنظار، مختلف است. اکثر شیعه و سنّی قبول دارند که مقتضای ادله ی اوّلیه صحت معاطات بوده و اطلاقات و عمومات معاملات شامل آن می شود. برخی نیز معتقدند مقتضای ادله ی اوّلیه صرف نظر از اجماع بر إباحه فساد معاطات است.

اجماع دیگری نیز در ضمن بیان شد و آن، لزوم قول صریح در إنشاء می باشد که لازم است آن هم بررسی گردد.

برای بررسی دو اجماع مذکور لازم است کلمات قدما که تأثیر در تحصیل اجماع حجت دارد ذکر شود و کلمات متأخرین چون تأثیری در تحصیل اجماع ندارد نیازی به ذکر آن نیست.

بررسی کلمات قدما در معاطات

کلمات شیخ مفید قدس سره -:

کلمات شیخ مفید قدس سره - در مقنعه را قبلاً(۱) نقل کرده و گفتیم ظاهر قوی آن است که ایشان قائلند معاطات مفید ملکیت لازم است.

کلمات سید مرتضی قدس سره -:

عد الشافعی أن رجلاـ إذا قال لغیره «بعنی کذا» فقال «بعتک» کان ذلک إیجابا و قبولا و انعقد البیع، و قال فی النکاح بمثل ذلک. و یحتاج عنده فی البیع إذا کان «بعتک» أن یقول «اشتریت» حتی یکون قبولا صحیحا.

و الذی یقوی فی نفسی أن النکاح کالبیع فی افتقاره الی صریح القبول، فإذا قال له «زوجنی» فقال له الولی «زوجتک» لا بد من أن یقول «قد قبلت هذا العقد». و کذلک إذا قال له فی البیع «بعنی» فقال «قد بعتک» لا بد من أن یقول المبتاع «قد اشتریت» حتی یکون قبولا.

و الدلیل علی صحه ما ذهبنا الیه أن قوله «زوجنی» أو «بعنی» أمر و سؤال علی حسب الحال فی رتبه القائل و المقول له، فإذا قال له «بعتک» أو «زوجتک» لا بد له من قبول صریح، و لیس فی قوله «بعنی» أو «زوجنی» ما ینبئ عن القبول، لأن الأمر لا یفهم منه ذلک. أ لاـ تری أنه لو قال له «أ تبیعنی» أو قال «أ تزوجنی» قال الأـخر «بعتک» فإن أحدا لا یقول ان ذلک یغنی عن القبول، فکذلک إذا قال «بعنی» أو «زوجنی».

۱- ص۳۶۳ تا ۳۶۷.

... و الـذی یکشف عن صـحه ما ذکرناه أنه لو قال له «ابتع منی هـذا الثوب» فقال «قد ابتعته» لا یکون قوله «ابتع منی» إیجابا حتی یقول «قد بعتک»، فکذلک لا یکون قوله «بعنی» قبولا حتی یقول «اشتریت»، و کذلک القول فی النکاح.

و العله الجـامعه بین الأمرین أن الإیجاب غیر مفهوم من لفظ الأمر، و کـذلک القبول لا یفهم من لفظ الأمر فلـذا اعتبروا الإراده و ان قوله «بعنی» یدل علی الإراده و مع هذا فلم یغن ذلک عن لفظ الإیجاب الصریح.(۱)

کلام سید مرتضی قدس سره - صریح است در این که ایجاب و قبول باید لفظ صریح باشد و الا بیع منعقد نمی شود.(۲)

کلمات شیخ طوسی قدس سره -:

شیخ طوسی قدس سره - در خلاف این چنین می فرماید:

إذا دفع قطعه إلی البقلی، أو إلی الشـارب و قال: أعطنی بقلا أو ماء، فأعطاه، فإنه لا یکون بیعا، و کـذلک سائر المحقرات، و انما یکون إباحه له أن یتصرف کل واحد منهما فیما أخذه، تصرفا مباحا من غیر أن یکون ملکه.

و فائـده ذلـک، أن البقلی إذا أراد أن یسترجع البقـل، أو أراد صـاحب القطعه أن یسترجع قطعته کـان لهما ذلک، لأن الملک لم یحصل لهما. و به قال الشافعی.

۱- رسائل الشریف المرتضی، ج ۴، ص۳۱۹.

۲- رسائل سید مرتضی قدس سره - مجموعه ای جمع آوری شده از رسائل متعدد منسوب به سید مرتضی قدس سره - است.

و قال أبو حنیفه: یکون بیعا صحیحا و إن لم یوجد الإیجاب و القبول، قال ذلک فی المحقرات دون غیرها.

دلیلنا: إن العقد حکم شرعی، و لا دلاله فی الشرع علی وجوده هاهنا، فیجب أن لا یثبت. فإما الاستباحه بذلک فهو مجمع علیه، لا یختلف العلماء فیها.(۱)

اگر قطعه ای [درهم یا دینار] به سبزی فروش یا آب فروش [سقّا] پرداخت کرد و گفت: سبزی یا آب به من بده، این بیع نیست، همچنین است در سایر محقرات. بلکه اباحه بوده که هر یک در آن چه اخذ کرده اند می توانند تصرف کنند بدون آن که مالک شده باشند.

فایده ی آن [که بیع نیست و اباحه است] این است که هرگاه سبزی فروش یا پرداخت کننده ی قطعه، خواستند سبزی یا قطعه را پس بگیرند می توانند پس بگیرند؛ چون ملکیت حاصل نشده است. شافعی نیز قائل به این قول است.

ابوحنیفه گفته است: این معامله، بیع صحیح است، هر چند ایجاب و قبول ندارد. البته این قول را فقط در مورد محقرات گفته است.

دلیل ما این است که عقد، حکم شرعی است و دلیلی در شرع بر وجود عقد در این جا نیست، پس ثابت نیست. امّا حصول اباحه با آن، مورد اجماع بوده و علماء در آن اختلاف ندارند.

پس شیخ طوسی قدس سره - در خلاف قائلند حتی اگر متعاملین «لفظ» به کار برده باشند ولی دالّ بر ایجاب و قبول نباشد مفید ملکیت نیست، بلکه افاده ی اباحه می کند؛ زیرا دلیلی از شرع بر عقد بودن چنین معامله ای وجود ندارد، پس بیع نیست تا مفید ملکیت باشد، ولی به خاطر وجود اجماع، مفید اباحه است.

۱- الخلاف، ج ۳، ص ۴۱.

در المبسوط نیز می فرماید:

فأما البیع فإن تقدم الإیجاب فقال: بعتک فقال: قبلت صح بلا خلاف، و إن تقدم القبول فقال: بعنیه بألف فقال: بعتک صح، و الأقوی عندی أنه لا یصح حتی یقول المشتری بعد ذلک: اشتریت. فإذا ثبت هذا فکل ما یجری بین الناس إنما هو استباحات و تراض دون أن یکون ذلک بیعا منعقدا مثل أن یعطی للخباز درهما فیعطیه الخبز أو قطعه للبقلی فیناوله البقل، و ما أشبه ذلک و لو أن کل واحد منهما یرجع فیما أعطاه کان له ذلک لأنه لیس بعقد صحیح هو بیع.(۱)

امّا در بیع، اگر ایجاب مقدم باشد و بگوید «فروختم» و [مشتری] بگوید: «قبول کردم» بدون خلاف صحیح است و اگر قبول مقدم باشد و بگوید: «آن را به هزار به من بفروش» و بایع بگوید: «فروختم» صحیح است، ولی اقوی نزد من آن است که صحیح نیست تا این که مشتری بعد آن بگوید: «قبول کردم».

بنابراین تمام معاملاتی که بین مردم جاری است همه به نحو اباحه و تراضی است، بدون این که بیع باشد، مثل وقتی که درهمی را به نانوا می دهد و نانوا نیز نان به او می دهد یا قطعه ای را به سبزی فروش می دهد و او نیز سبزی می دهد و مانند آن، اگر هر یک بخواهد آن چه را که اعطاء کرده پس بگیرد می تواند پس بگیرد؛ چراکه عقد صحیح یعنی بیع نیست.

پس در المبسوط تا این جا پیش رفته اند که اگر قبول مقدم بر ایجاب باشد بیع صحیح نیست، مگر این که دوباره «قبلت» بگوید، با این که لفظی که به کار رفته نزدیک به ایجاب و قبول و چه بسا دالّ بر ایجاب و قبول باشد. بنابراین معاملاتی که مردم، روزمره انجام داده و الفاظ ایجاب و قبول به کار نمی برند بیع نیست، بلکه اباحه است.

۱- المبسوط فی فقه الإمامیه، ج ۲، ص۸۷.

ص: ۳۷۸

کلمات ابن برّاج قدس سره -:

جناب ابن برّاج(۱) که شاگرد شیخ طوسی قدس سرهما - و نماینده ی ایشان در طرابلس

۱- سعد الدین ابوالقاسم عبد العزیز بن نحیری بن عبد العزیز ابن برّاج طرابلسی(م۴۸۱ ه.ق) معروف به «ابن برّاج» و «قاضی» و ملقّب به «عزّ المؤمنین» فقیه و قاضی شیعی امامی می باشد. مصادر از ذکر تاریخ تولد او غفلت کرده اند. با توجه به اینکه عمرش را هشتاد و اندی نوشته اند می توان گفت که در حدود ۴۰۰ ه.ق به دنیا آمده است. ابن براج در مصر متولد گردید و در همان جا رشد یافت و چون دیر زمانی قضاوت طرابلس شام را به عهده داشت، به طرابلسی معروف شد. فقیهان امامی وقتی به نحو مطلق از «قاضی» یاد می کنند، مرادشان ابن براج است. آوازه ی مجلس درس سید مرتضی (علم الهدی) او را به بغداد کشاند. ابن براج در سال ۴۲۹ ه.ق در درس وی حاضر شد و هفت سال یعنی تا زمان درگذشت سید مرتضی نزد او دانش آموخت. عَلَم الهدی که کمک هزینه ی دانشجویان را به اندازه ی شأن علمی شان می پرداخت، به شیخ طوسی ماهانه دوازده و به ابن براج هشت دینار می داد، از این رو می توان او را برجسته ترین و نامدارترین شاگرد علم الهدی، پس از شیخ ابوجعفر طوسی دانست. ابن برّاج پس از درگذشت علم الهدی، در مجلس درس شیخ طوسی شرکت جست و چند سالی نیز در محضر او بود. در سال ۴۳۸ ه.ق به عنوان نماینده و جانشین شیخ رهسپار طرابلس شام شد. برخی از نویسندگان برآنند که جلال الملک از فرمانروایان بنی عمّار در همین سال او را بر منصب قضاوت گماشت. اگر جلال الملک درست در آغاز حکومت خود، ابن براج را بر آن منصب گمارده باشد، از آنجا که وی تا پایان عمر در طرابلس ماندگار شد، می توان گفت که وی حدود هفده سال قاضی طرابلس بوده است. گرچه بیست سال و سی سال هم در منابع آمده است. [آن زمان ظاهراً اوج قدرت شیعه بوده است. آل بویه حکومت شیعی در ایران، حَمْدانیون و سپس بنی عمار حکومت شیعی در شام و طرابلس و فاطمیون حکومت شیعی اسماعیلی در مصر داشتند.] شاگردان: حسکا بن بابویه جدّ منتجب الدین، عبدالجبّار مقری رازی، عبدالرحمان نیشابوری خزاعی، حسن بن عبدالعزیز جیهانی، قاضی بن ابی کامل طرابلسی، ابوجعفر محمد حلبی، زید بن داعی و کمیح. شیخ طوسی در سرآغاز پاره ای از نوشته هایش تصریح می کند که این کتاب ها را به درخواست شیخ فاضل می نویسد و آقا بزرگ در حاشیه ی بعضی از نسخ کتاب الجمل و العقود وی دیده که مراد از شیخ فاضل، «ابن براج» است. نیز به گفته ی کاظمینی، راوندی در حل العقود تصریح کرده که شیخ مورد نظر همان ابن براج است. افزون بر آن این که شیخ کتاب جداگانه ای به نام مسائل ابن براج نگاشته که دالّ بر مقام علمی بالای اوست. آثار ابن براج: ۱) الجواهر فی الفقه [یا جواهر الفقه]؛ در این کتاب حدود ۸۲۰ پرسش در باب های گوناگون فقه مطرح و به آن ها پاسخ داده شده است. ۲) شرح جمل العلم والعمل؛ که شرحی است بر بخش فقهی کتاب جمل العلم والعمل تألیف علم الهدی، [و بخش اعتقادات آن را شیخ طوسی شرح کرده است.] ۳) المهذّب؛ این کتاب در حدود سال ۴۶۷ ه.ق نوشته شده است و صاحب مفتاح الکرامه آن را مهذّب قدیم در مقابل مهذّب ابن فهد (مهذّب جدید) می خواند. آثار منسوب: «حُسن التعریف» که حرّ عاملی آن را «حسن التقریب» ضبط کرده است؛ «الروضأ»، که ابن شهر آشوب آن را «روضأ النفس فی احکام الخمس» نامیده است؛ «عماد المحتاج فی مناسک الحاج»، که کنتوری آن را «عماد الحاج فی مناسک المحتاج» و بغدادی آن را «الاحتجاج ...» ضبط کرده است؛

«الکامل» در فقه، «العالم» در فروع، «المعتمد»، «المقرب» که بعضاً به شکل «المغرب» و یا «المعرب» ضبط شده است؛ «المنهاج»، «الموجز» در فقه و «التفسیر». (برگرفته از دائره المعارف بزرگ اسلامی، ج۳، ص۹۴۶)

می باشد در المهذب چنین می فرماید:

فإن باع من غیره شیئا و لم یجر بینهما من القول ما یقتضی الإیجاب و القبول، مثل أن یقول البائع للمشتری قد بعتک هذا و یقول المشتری قد اشتریته أو قد قبلت ذلک أو أوجبت علی نفسی، أو یقول المشتری بعنی هذا فیقول البائع قد بعتک إیاه، لم یصح البیع و کان فاسدا.(۱)

اگر چیزی به دیگری فروخت و بین آن دو، قولی که مقتضی ایجاب و قبول است جاری نشد مثل این که بایع به مشتری بگوید: این را به تو فروختم و مشتری بگوید خریدم یا قبول کردم یا بر خودم واجب کردم، یا مشتری اوّل بگوید: این را به من بفروش و بایع بگوید آن را به تو فروختم بیع صحیح نبوده و فاسد است.

از این کلام استفاده می شود اگر لفظی باشد که فی الجمله مفاد ایجاب و قبول را برساند در صحّت بیع کافی است و سخت گیری شیخ در المبسوط را ندارد؛

۱- المهذب (لابن البراج)، ج ۱، ص ۳۵۰.

چون جناب شیخ فرمودند: اگر مشتری بگوید «بعنی» و بایع بگوید «بعتک» اقوی آن است که بیع صحیح نیست، ولی جناب ابن برّاج می فرمایند صحیح است.

امّا اگر قولی که مقتضـی ایجاب و قبول است ردّ و بدل نشود بیع را صحیح نمی دانند و فرقی بین محقرات و غیر محقرات نمی گذارنـد و بیـان نمی کننـد که در این صور که بیع فاسـد است مفیـد إبـاحه می باشـد، در حـالی که اگر در نظرشـان اباحه بود قاعدتاً ذکر می کردند.

ولی از کلام ایشان در جواهر الفقه استفاده می شود نظرشان در هر دو مسأله با جناب شیخ یکی است:

مسأله: إذا قال المشتری للبائع: بعنی بکذا، فقال البائع: بعتک هذا، هل ینعقد البیع أم لا؟

الجواب: لا ینعقـد البیع بـذلک، و انما ینعقـد بان یقول له المشتری بعد ذلک: قبلت أو اشتریت، لأن ما ذکرناه مجمع علی ثبوت العقد، و صـحته به، و لیس کذلک ما خالفه، و من ادعی ثبوته و صحته بغیر ما ذکرناه، فعلیه الدلیل، و أیضا فالأصل عدم العقد، و علی من یدعی ثبوته الدلیل.

مسأله: إذا دفع قطعه الی بقلی أو سقاء ، و قال له: أعطنی بقلا أو ماء، فأعطاه، هل یکون ذلک بیعا فی الحقیقه أم لا؟

الجواب: هـذا لیس ببیع فی الحقیقه، لأنه لیس فیه إیجاب و لا قبول، و انما هو اباحه، و لأن العقـد حکم شـرعی، و لا دلیل یـدل علی ثبوت العقد ها هنا، و علی من یدعی ذلک الدلیل.(۱)

۱- جواهر الفقه العقائد الجعفریه، للقاضی ابن براج، ص۵۵.

عبارت ابى الصلاح الحلبى قدس سره -:

البيع عقد يقتضى استحقاق التصرف فى المبيع و الثمن و تسليمهما، و تفتقر صحته الى شروط ثمانيه: صحه الولايه فى المبيعين، و تعيينهما بالصفه أو المبلغ أو بهما، و تعيين الأجل فى المؤجل، و إمكان التسليم، و قول يقتضى إيجابا من البائع و قبولا من المبتاع، و افتراق عن مجلس العقد بالأبدان، و حصول ذلك عن إيثار، و وقوعه على أمر يسوغ.

و اعتبرنا صحه الولايه لتأثير حصولها بثبوت الملك أو الاذن و صحه الرأى (كذا) فى صحه العقد و عدم ذلك فى فساده.

و اعتبرنا التعيين بالوصف أو المقدار لفساد العقد على المجهول. و اعتبرنا تعيين الأجل لفساده مؤجلا بما لا يتحدد. و اعتبرنا إمكان التسليم لفساد بيع ما لا يمكن تسليمه كالطير فى الجو و السمك فى الماء و أمثال ذلك من بيع الغرر.

و اشترطنا الإيجاب و القبول لخروجه من دونهما عن حكم البيع.

و اعتبرنا الافتراق بالأبدان لوقوف مضيه عليه. و اعتبرنا الإيثار لفساد بيع الإكراه. و اعتبرنا وقوعه على الوجه المشروع احترازا من بيع المحرم أو ابتياعه بالمحرم و المحلل و عقود الربا و العقود الفاسده.

فإن اختل شرط من هذه لم ينعقد البيع و لم يستحق التسليم، و ان جاز

التصرف مع اختلال بعضها للتراضی دون عقد البیع، و یصح معه الرجوع.(۱)

ابو الصلاح حلبی که ایشان نیز شاگرد شیخ بوده، در کتاب پر مغز الکافی فی الفقه یکی از شرائط صحت بیع را قولی که مقتضی ایجاب و قبول باشد ذکر می کند و می فرماید: اگر بیع مشتمل بر قولی که مقتضی ایجاب و قبول است نباشد از حکم بیع خارج می شود و در نهایت نیز می فرماید: اگر یکی از شرائط مذکور در صحت بیع مختل شود بیع منعقد نشده و طرفین مستحق تسلیم نمی شوند، هر چند با اختلال بعض شروط، تصرف جایز است به خاطر تراضی که از طرفین وجود دارد، ولی بیع منعقد نمی شود و امکان رجوع برای طرفین وجود دارد.

بنابراین ایشان قائل به اباحه ی تصرف در معاطات هستند؛ البته نه به دلیل اجماع بلکه به دلیل عدم انعقاد بیع و وجود تراضی بر اباحه ی تصرف.

عبارت سید ابی المکارم ابن زهره قدس سره -:

و اعتبرنا حصول الإیجاب من البائع و القبول من المشتری، تحرزا عن القول بانعقاده بالاستدعاء من المشتری و الإیجاب من البائع، و هو أن یقول: بعنیه بألف، فیقول: بعتک، فإنه لا ینعقد بذلک بل لا بد أن یقول المشتری بعد ذلک: اشتریت أو قبلت، حتی ینعقد.

و احترازا أیضا عن القول بانعقاده بالمعاطاه، نحو أن یدفع إلی البقلی قطعه و یقول: أعطنی بقلا، فیعطیه، فإن ذلک لیس ببیع و إنما هو إباحه للتصرف.

یدل علی ما قلناه الإجماع المشار إلیه، و أیضا فما اعتبرناه مجمع

۱- الکافی فی الفقه، ص۳۵۲.

علی صحه العقد به، و لیس علی صحته بما عداه دلیل. و لما ذکرناه نهی صلی الله علیه و آله و سلم عن بیع الملامسه و المنابذه، و عن بیع الحصاه علی التأویل الآخر، و معنی ذلک أن یجعل اللمس للشی ء أو النبذ له و إلقاء الحصاه بیعا موجبا.(۱)

جناب ابن زهره مانند شیخ قدس سرهما - در مبسوط قائلند که اگر ابتدا مشتری بگوید: «بعنی هذا بألف» و بایع بگوید: «بعتک» عقد منعقد نمی شود؛ مگر این که مشتری بعد از بایع بگوید: «اشتریت» یا «قبلت».

ایشان سپس تصریح می کنند که معاطات بیع نبوده و فقط اباحه ی تصرف می آورد. دلیل آن را فی الجمله اجماع ذکر می کنند و وجه دیگرشان این است که دلیلی بر صحت بیع بدون شرائط مذکور وجود ندارد.

کلمات ابن حمزه قدس سره -:

البیع عقد علی انتقال عین مملوکه أو ما هو فی حکمها من شخص إلی غیره بعوض مقدر علی جهه التراضی.

و یحتاج فی صحته إلی تسعه أشیاء:

کون المبیع ملکا للبائع أو فی حکمه بأن یکون البائع وکیلا لمالکه أو ولیا أو یجیز المالک بیعه. و الثانی کون المتبایعین نافذی التصرف فی مالهما. و الثالث کون المبیع مشاهدا أو فی حکمه. و الرابع کون الثمن کذلک. و الخامس تعیین مقدار الثمن. و السادس الإیجاب. و السابع القبول.

۱- غنیه النزوع إلی علمی الأصول و الفروع، ص۲۱۴.

و الثامن تقديم الإيجاب على القبول. و التاسع أن يؤتى بالإيجاب و القبول بلفظ الماضى.(۱)

جناب ابن حمزه(۲) یکی از شرائط نه گانه ی صحت بیع را لزوم تقدیم ایجاب بر قبول و یکی دیگر را لفظ ماضی ایجاب و قبول ذکر می کند؛ یعنی اگر ایجاب و قبول در بیع، لفظ نباشد یا لفظ ماضی نباشد یا ایجاب مقدم بر قبول نباشد، بیع صحیح نیست.

کلمات ابن ادریس قدس سره -:

إذا قال بعنيه أو أ تبيعنى هذا بألف، أو بعنى، أو اشتريت منك هذا بألف، فقال صاحبه: بعتك، لم يصح العقد و البيع، حتى يقول المشترى بعد قول البائع بعتك: اشتريت، أو قبلت.

و كذا إذا قال البائع: تشترى منى هذا بألف، أو أبيعك هذا بألف، أو اشتر هذا منى بألف، فقال المشترى: اشتريت، أو قبلت، لم يصح البيع، و لم ينعقد العقد، إلا أن يأتى البائع بلفظ الإخبار و الإيجاب، دون لفظا الاستفهام و الأمر، و هو قوله: بعتك فيقول المشترى: اشتريت، أو قبلت على ما قدّمناه، فينعقد العقد بذلك، دون ما سواه من الألفاظ.

إذا دفع قطعه إلى البقلى، أو إلى الشارب، فقال: أعطنى بقلا أو ماء، فإنّه لا يكون بيعا، و لا عقدا، لأنّ الإيجاب و القبول ما حصلا، و كذلك سائر المحقرات، و سائر الأشياء، محقرا كان أو غير محقر، من

۱- الوسيله إلى نيل الفضيله، ص۲۳۶.

۲- زمان وفات وی دقیقاً مشخص نیست، ولی حدود سال ۵۶۶ ه.ق زنده بوده و جناب ابن ادریس در سال ۵۹۸ ه.ق وفات یافته است.

الثیاب و الحیوان، و غیر ذلک، و إنّما یکون إباحه له، فیتصرف کلّ واحد منهما فیما أخذه، تصرفا مباحا، من غیر أن یکون ملکه، أو دخل فی ملکه، و لکل واحد منهما، أن یرجع فیما بذله، لأنّ الملک لم یحصل لهما، بشرط أن بقیا فإن لم یبق أحدهما بحاله کما کان أولا فلا خیار لأحدهما، و لیس هذا من العقود الفاسده، لأنّه لو کان عقدا فاسدا لم یصحّ التصرف فیما صار إلی کلّ واحد منهما، و انما ذلک علی جهه الإباحه.(۱)

جناب ابن ادریس معروف به فحل العلماء می فرماید: معاطات چه در محقرات و چه در غیر محقرات، نه بیع است و نه عقد دیگر؛ چون ایجاب و قبولی حاصل نشده است، بلکه اباحه بوده و هر یک از متعاطیین در آن چه اخذ کرده اند می توانند تصرف کنند بدون آن که مالک شده باشند و هر یک می توانند آن چه را که داده اند پس بگیرند؛ چون ملکیت برای طرف مقابل حاصل نشده است. البته جواز رجوع در صورتی است که عوضین هر دو باقی باشد، پس اگر حداقل یکی از آن دو باقی نباشد هیچ کدام خیار رجوع ندارند.

جناب ابن ادریس سپس بر خلاف بعضی تصریح می فرماید که معاطات از عقود فاسد نیست؛ چراکه اگر از عقود فاسد بود تصرف در آن چه اخذ کرده اند جایز نبود.

این کلام ابن ادریس قدس سره - که هر جا عقد فاسد بود تصرف در مأخوذ به عقد فاسد جایز نیست کلام متینی است ولی این که گفته شود همین که طرف مقابل جنس را داده و جنس دیگر را تحویل گرفته، پس رضایت داشته و لذا تصرف در آن جایز می باشد درست نیست؛ چون رضایت بر اساس معامله داشته؛ نه مطلقاً، که آن هم

۱- السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ج ۲، ص۲۴۹.

شارع امضاء نفرموده؛ لـذا نمی تواننـد در مأخوذ به عقـد فاسد تصـرف کنند. بله! اگر واقعاً این چنین باشد که حتی اگر عقدی نبود طرفین رضایت داشتند طرف مقابل در مالشان تصرف کند، آن مانعی ندارد، ولی چنین چیزی نادراً اتفاق می افتد.

کلمات علامه حلی قدس سره -:

کلمات علامه حلّی قدس سره - در تذکره الفقهاء را به خاطر توجّه به نظر دیگران و نیز نقل اقوال عامّه نقل می کنیم:

الأشـهر عندنا: أنّه لا بدّ منها [الصیغه] و لا تکفی المعاطاه فی الجلیل و الحقیر، مثل: أعطنی بهذا الدینار ثوبا، فیعطیه ما یرضیه، أو یقول: خـذ هـذا الثوب بدینار، فیأخذه- و به قال الشافعی مطلقا - لأصاله بقاء الملک، و قصور الأفعال عن الدلاله علی المقاصد. و بعض الحنفیّه و ابن سـریج فی الجلیله و قال أحمـد: ینعقـد مطلقا- و نحوه قال مالک، فإنّه قال: بع بما یعتقده الناس بیعا - لأنّه تعـالی أحـلّ البیع و لم یبیّن الکیفیّه، فتحـال علی العرف کالقبض، و البیع وقع فی زمانه علیه السّـلام کثیرا و لم ینقل اللفظ، و إلّا لتواتر.

و الجواب: المعاطاه تثبت فی غیر البیع، فیجب عود النصّ إلی غیرها. و نمنع عدم التواتر، و الاستغناء بالإباحه عنه.

علامه می فرماید: اشـهر نزد ما امامیه آن است که صـیغه در بیع لازم بوده و معاطات چه در حقیر و چه در جلیل در صـحت بیع کافی نیست. این که می فرماید «اشهر است» معلوم می شود در نظر علامه قول به کفایت معاطات که

مقابل این قول اشهر قرار دارد، در میان امامیه مشهور بوده و شاذ نمی باشد.(۱)

۱- البته بعضی قول به عدم کفایت معاطات را به مشهور نسبت داده اند که استفاده می شود قول مقابل یعنی قول به کفایت معاطات قول شاذی است: • الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه (المحشی - کلانتر)، ج ۳، ص۲۲۲: و حیث کان البیع عباره عن الإیجاب و القبول المذکورین فلا یکفی المعاطاه و هی إعطاء کل واحد من المتبایعین ما یریده من المال عوضا عما یأخذه من الآخر بإنفاقهما علی ذلک بغیر العقد المخصوص، سواء فی ذلک الجلیل و الحقیر، علی المشهور بین أصحابنا، بل کاد یکون إجماعا، نعم یباح بالمعاطاه التصرف من کل منهما فیما صار إلیه من العوض. • مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه (ط - الحدیثه)، ج ۱۲، ص۴۹۸: و لا تکفی المعاطاه کما فی الشرائع و التذکره و الدروس و اللمعه و ظاهر الجمیع لأن کانت العباره واحده أنّها لا تکفی فی المقصود بالبیع و هو نقل الملک کما هو صریح الخلاف و السرائر و المختلف و حواشی الشهید علی الکتاب و قواعده و التنقیح و هو ظاهر الإرشاد حیث قال: و لا ینعقد بدون الإیجاب و القبول. و هو ظاهر کلّ ما اشترط فیه الإیجاب و القبول کالخلاف و المراسم و الوسیله و النافع و المهذّب البارع و غیرها. و ظاهر قواعد الشهید الإجماع علی أنّها لا تفید الملک و إنّما تفید الإباحه، فلا تکون عند هؤلاء جمیعاً بیعاً حقیقهً و إنّما هی إباحه کما هو صریح الخلاف و المبسوط و الجواهر و الغنیه و السرائر و جامع الشرائع و المیسیه و الروضه و المسالک فی أثناء کلامٍ له فی الکتابین قال: لإطباقهم علی أنّها لیست بیعاً حال وقوعها، و فی «الغنیه» أیضاً الإجماع علیه، قال: إنّها لیست ببیع و إنّما هی إباحه للتصرّف یدلّ علیه الإجماع المشار إلیه، و أیضاً فما اعتبرناه مجمع علی صحّه العقد به و لیس علی صحّته بما عداه دلیل، و لما ذکرناه نهی النبیّ صلی الله علیه و آله عن بیع الملامسه و المنابذه و ثمن بیع الحصاه علی التأویل الآخر، و معنی ذلک أن یجعل اللمس للشی ء و النبذ له و إلقاء الحصاه بیعاً موجباً. و فی «المیسیه» أنّ المشهور بین الأصحاب أنّها لیست بیعاً محضاً و لکنّها تفید فائدته فی إباحه التصرّف. و نسب ذلک فی «مجمع البرهان إلی المشهور. و فی «المسالک و الروضه عند شرح عبارتی الشرائع و اللمعه و قد عرفت المراد منهما أنّه المشهور بل کاد یکون إجماعاً، و مثله ما فی المفاتیح. و فی موضع آخر من «المسالک» قال عند نقل کلام المفید: ما أحسنه و أمتن دلیله إن لم یقم إجماع علی خلافه. و فی التذکره أنّ الأشهر عندنا أنّه لا بدّ من الصیغه فلا تکفی المعاطاه. و فی المختلف أنّه مذهب الأکثر. و فی المفاتیح أنّ المشهور أنّها تفید إباحه تصرّف. و فی «تعلیق الإرشاد» أنّ الأظهر بین عامّه المتأخّرین من الأصحاب أنّ المعاطاه تفید إباحه کلّ من العوضین لآخذه و لکلٍّ منهما الرجوع فیه ما دامت العین باقیه، فإذا تلفت لزم المبیع حینئذٍ، ثمّ إنّه جعل مقتضی ذلک أنّها تفید ملکاً متزلزلًا. ثمّ أخذ یستدلّ علیه بما ستسمعه. و فی «الکفایه» أنّ المشهور أنّها تفید إباحه تصرّف کلٍّ منهما لا أنّها بیعٌ فاسد. و فیها أیضاً: أنّ المشهور عدم تحقّق اللزوم بدون اللفظ المعتبر. و فی «الریاض» أنّها تفید الإباحه کما هو المشهور بین الطائفه بل کافّتهم، لرجوع القائل بعدمها و حرمه التصرّف فی المعاطاه عنه إلی الإباحه کما حکاه عنه جماعه.

علامه سپس می فرماید: معاطات چه در حقیر و چه در جلیل کافی نیست و نظر شافعی نیز این چنین است. دلیل عدم کفایت معاطات، یکی اصاله بقاء الملک و دیگری قصور افعال در دلالت بر مقاصد می باشد.

بعض حنفیه و ابن سریج در اشیاء مهم گفته اند صیغه لازم است. ولی احمد حنبل و مالک گفته اند بیع منعقد می شود مطلقاً؛ چه در حقیر و چه در جلیل.

مالک گفته است: با هر آن چه مردم آن را بیع می پندارند بیع کن؛ چون خداوند متعال بیع را حلال فرموده و کیفیت آن را بیان نفرموده، پس به عرف واگذار شده است، همان طور که قبض به عرف واگذار شده است. همچنین در زمان [پیامبر- صلی الله علیه و آله و سلم -] بیع کثیراً واقع می شد، ولی لفظ خاصی از حضرت نقل نشده و الا متواتراً نقل می شد.

علامه در پاسخ به احمد و مالک می فرماید: معاطات در غیر «بیع» ثابت است، لذا نص بر معامله ی بدون لفظ باید به غیر معاطات بیعی برگردد و عدم تواتر را منع می کنیم و با حصول اباحه [با معاطات] استغناء پیدا می کنیم از بیع و حصول ملک.

تا این جا قول فقهاء اقدمین۴ را تا زمان علامه قدس سره - نقل کردیم، نظر فقهاء بعد از ایشان چون تأثیری در حصول اجماع ندارد از ذکر آن صرف نظر می کنیم.

ولی همان طور که بیان کردیم از آن جا که فقه شیعه با نظر به فقه عامه و سؤالاتی که در فضای عامه مطرح بوده تنظیم شده و بدون فهم امّهات فقه عامه نه فروعات آن أمّهات مباحث فقه شیعه نیز فهمیده نمی شود، ناچار از ذکر اقوال بعض معاریف عامه هستیم.

کلمات برخی معاریف عامه در معاطات

ابن قدامه در مغنی:

فصل: و البیع علی ضربین أحدهما: الإیجاب و القبول فالإیجاب أن یقول : بعتک أو ملکتک أو لفظ یدل علی علیهما و القبول أن یقول: اشتریت أو قبلت و نحوهما ... .

الضرب الثانی: المعاطاه مثل أن یقول أعطنی بهذا الدینار خبزا فیعطیه ما یرضیه أو یقول خذ هذا الثوب بدینار فیأخذه فهذا بیع صحیح نص علیه أحمد فیمن قال لخباز کیف تبیع الخبز قال کذا بدرهم قال زنه و تصدق به فإذا وزنه فهو علیه و قول مالک نحو من هذا فإنه قال: یقع البیع بما یعتقده الناس بیعا و قال بعض الحنفیه: یصح فی خسائس الأشیاء و حکی عن القاضی مثل هذا قال یصح فی الأشیاء الیسیره دون الکبیره مذهب الشافعی رحمه الله أن البیع لا یصح إلا بالإیجاب و القبول و ذهب بعض أصحابه إلی مثل قولنا.

و لنا أن الله أحل البیع و لم یبین کیفیته فوجب الرجوع فیه إلی العرف کما رجع إلیه فی القبض والإحراز و التفرق و المسلمون فی أسواقهم و بیاعاتهم علی ذلک و لأن البیع کان موجودا بینهم معلوما عندهم وإنما علق الشرع علیه أحکاما و إبقاه علی ما کان فلا یجوز تغییره بالرأی و التحکم و لم ینقل عن النبی صلی الله علیه و سلم و لا عن أصحابه مع کثره وقوع البیع بینهم استعمال الإیجاب و القبول ولو استعملوا ذلک فی بیاعاتهم لنقل نقلا شائعا ولو کان ذلک شرطا لوجب

نقله و لم یتصور منهم إهماله وا لغفله عن نقله ... .(۱)

ابن قدامه(۲) که خود حنبلی است می گوید: احمد حنبل بیع معاطاتی را که مثلاً- کسی به نانوا می گوید: چطور نان می فروشی؟ و نانوا می گوید: فلان مقدار [وزن] نان در مقابل یک درهم و او بگوید: وزن کن و تصدیق وی کند در وزن، بیع صحیح می داند. مالك نیز نظرش چنین است.

بعض حنفیه گفته اند: بیع معاطاتی در اشیاء پست و کوچك صحیح است. شافعی نظرش این است که بیع بدون ایجاب و قبول لفظی صحیح نیست، ولی بعض اصحاب شافعی مانند حنبلی ها گفته اند بیع صحیح است.

نووی در المجموع شرح المهذب:

المشهور من مذهبنا أنه لا- یصح البیع إلا- بالایجاب و القبول و لا- تصح المعاطاه فی قلیل و لا کثیر و بهذا قطع المصنف و الجمهور و فیه وجه مشهور عن ابن سریج أنه یصح البیع بالمعاطاه خرجه من مسأله الهدی إذا قلده صاحبه فهل یصیر بالتقلید هدیا منذورا فیه قولان مشهوران (الصحیح) الجدید لا یصیر (و القدیم) أنه یصیر و یقام الفعل مقام القول فخرج ابن سریج من ذلک القول وجها فی صحه البیع بالمعاطاه.

ثم إن الغزالی و المتولی و صاحب العده و الرافعی و الجمهور نقلوا عن ابن سریج أنه تجوز المعاطاه فی المحقرات و هو مذهب أبی حنیفه فانه جوزها فی المحقرات دون الاشیاء النفیسه و نقل امام الحرمین هذا

۱- المغنی لابن قدامه، ج۴، ص۴.

۲- أبو محمد موفق الدین عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامه الجماعیلی المقدسی ثم الدمشقی الحنبلی، الشهیر بابن قدامه المقدسی (المتوفی ۶۲۰ ه.ق).

عن أبی حنیفه و نقل عن ابن سریج أنه جوزها و لم یقید الامام فی نقله عن ابن سریج بالمحقرات کما قید فی نقله عن أبی حنیفه و لعله أراد ذلک و اکتفی بالتقیید عن أبی حنیفه و قد أنکر الشیخ أبو عمرو بن الصلاح علی الغزالی کونه حکی عن ابن سریج تجویزها فی المحقرات و قال لیست مختصه عند ابن سریج بالمحقرات و هذا الانکار علی الغزالی غیر مقبول لان المشهور عن ابن سریج التخصیص بالمحقرات کما ذکرناه والله أعلم

و اختار جماعات من أصحابنا جواز البیع بالمعاطاه فیما یعد بیعا و قال مالک کلما عده الناس بیعا فهو بیع و ممن اختار من أصحابنا أن المعاطاه فیما یعد بیعا صحیحه و ان ما عده الناس بیعا فهو بیع صاحب الشامل و المتولی و البغوی و الرویانی و کان الرویانی یفتی به و قال المتولی و هذا هو المختار للفتوی و کذا قاله آخرون و هذا هو المختار لان الله تعالی أحل البیع و لم یثبت فی الشرع لفظ له فوجب الرجوع إلی العرف ... .

و أحسن من هذه المسأله و أوضحها المتولی فقال المعاطاه التی جرت بها العاده بان یزن النقد و یأخذ المتاع من غیر ایجاب و لا قبول لیست بیعا علی المشهور من مذهب الشافعی و قال ابن سریج کل ما جرت العاده فیه بالمعاطاه و عده بیعا فهو بیع و ما لم تجر فیه العاده بالمعاطاه کالجواری و الدواب و العقار لا یکون بیعا قال وهذا هو المختار للفتوی و به قال مالک و قال أبو حنیفه المعاطاه بیع فی المحقرات فاما النفیس فلابد فیه من الایجاب و القبول ... .(۱)

۱- المجموع شرح المهذب، ج۹، ص۱۶۲.

نووی(۱) در کتاب معروف خود «المجموع» که شرح «المهذّب» شیرازی(۲) و طبق فقه شافعی است می گوید: مشهور از مذهب شافعی آن است بیع جز با ایجاب و قبول لفظی صحیح نبوده و لذا معاطات صحیح نیست. مصنّف یعنی شیرازی صاحب المهذّب و جمهور به این نظر قطع پیدا کرده اند. ولی جماعتی از اصحاب شافعی بیع معاطاتی را در مواردی که [عرفاً] بیع شمرده می شود جایز دانسته اند.

ابن نجیم حنفی در البحر الرائق:

وَ یَلْزَمُ الْبَیْعُ بِالتَّعَاطِی أَیْضًا لِأَنَّ جَوَازَهُ بِاعْتِبَارِ الرِّضَا وقد وُجِدَ و قد بَنَاهُ فی الْهِدَایَهِ علی أَنَّ الْمُعْتَبَرَ فی هذه الْعُقُودِ هو الْمَعْنَی وَالْإِشَارَهُ إلَی الْعُقُودِ التَّمْلِیکِیَّهِ کما فی الْمِعْرَاجِ فَخَرَجَ الطَّلَاقُ وَالْعَتَاقُ فإن اللَّفْظَ فِیهِمَا یُقَامُ مَقَامَ الْمَعْنَی ...

وَ حَقِیقَهُ التَّعَاطِی وَضْعُ الثَّمنِ وَ أَخْذُ الْمُثَمَّنِ عن تَرَاضٍ مِنْهُمَا من غَیْرِ لَفْظٍ وهو یُفِیدُ أَنَّهُ لَا بُدَّ من الْإِعْطَاءِ من الْجَانِبَیْنِ لِأَنَّهُ من الْمُعَاطَاهِ وَ هِیَ مُفَاعَلَهٌ فَتَقْتَضِی حُصُولَهَا من الْجَانِبَیْنِ کَالْمُضَارَبَهِ وَالْمُقَاسَمَهِ وَالْمُخَاصَمَهِ وَعَلَیْهِ أَکْثَرُ الْمَشَایِخِ کما ذَکَرَهُ الطَّرَسُوسِیُّ وَأَفْتَی بِهِ الْحَلْوَانِیُّ و فی الْبَزَّازِیَّهِ أَنَّهُ الْمُخْتَارُ و صحح فی فَتْحِ الْقَدِیرِ أَنَّ اعطاء أَحَدِهِمَا کَافٍ وَنَصَّ مُحَمَّدٍ علی أَنَّ بَیْعَ التَّعَاطِی یَثْبُتُ بِقَبْضِ أَحَدِ الْبَدَلَیْنِ وَهَذَا یَنْتَظِمُ الْمَبِیعُ وَالثَّمَنُ وَنَصُّهُ فی الْجَامِعِ علی أَنَّ تَسْلِیمَ الْمَبِیعِ یَکْفِی لَا یَنْفِی الْآخَرَ.(۳)

۱- أبو زکریا محیی الدین یحیی بن شرف النووی (المتوفی۶۷۶ ه.ق).

۲- أبو اسحاق إبراهیم بن علی بن یوسف الشیرازی (المتوفی۴۷۶ ه.ق).

۳- البحر الرائق، ج۵، ۲۹۱.

ابن نجیم(۱) در البحر الرائق که فقه حنفی است می گوید: بیع با تعاطی نیز لازم می شود؛ چون نفوذ آن به اعتبار رضایت است که موجود شده و [صاحب هدایه] در الهدایه بنا را بر این گذاشته که معتبر در این عقود تملیکیّه معناست و دالّ مهم نیست. بنابراین به تعاطی هم انجام می شود.

قصد تملیک، محطّ بحث در معاطات

از عبارات فقهاء شیعه و سنّی استفاده می شود محطّ بحث جایی است که متعاطیین قصد تملیک دارند؛ زیرا بحث را این چنین مطرح کرده اند که بیع اگر با «إعطاء» و «اخذ عملی» انجام پذیرد صحیح بوده و مانند بیع به صیغه است یا خیر؟ یعنی تمام شرائط بیع را داراست، فقط به جای به کار بردن صیغه، با إعطاء و اخذ عملی آن را محقق کرده اند، به همین خاطر مثبتین گفته اند معاطات، بیع بوده و صحیح می باشد.

پس محطّ بحث مثبتین و منکرینِ صحّت بیع معاطاتی آن جاست که طرفین قصد تملیک کرده اند و اگر کسی صورتی را که متعاطیین قصد اباحه داشته باشند نیز مورد نظرش باشد، به نحو استطرادی است و مرکز اصلی بحث جایی است که قصد تملیک دارند.

از این جا معلوم می شود این که صاحب جواهر(۲) - رحمه الله علیه - محط بحث را جایی قرار

۱- زین الدین بن إبراهیم بن محمد، المعروف بابن نجیم المصری (المتوفی ۹۷۰ ه.ق).

۲- جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۲، ص۲۲۴: لا ریب فی أن حمل کلام قدماء الأصحاب علی ما ذکرناه، من أن مرادهم بیان قابلیه الأفعال للإباحه لو قصداها و أن ذلک مشروع دون التملیک البیعی مثلا خیر من ذلک، لا لصعوبه الجواب عنها، فإنک ستعرفه لو قرر الاعتراض بها علی الصوره الأولی، بل لأن الواقع خلافه، و غرابه نفس الدعوی و هی إثبات أمر غیر ما قصده المتبایعان بلا- داع و لا دلیل، بل مقتضی الأدله جمیعها خلافه فلا بد من حمل مرادهم علی ما ذکرناه، لا أن مرادهم الإباحه فیما قصد به المتعاملان إنشاء البیع مثلا، بل لیس هو إلا الفساد حینئذ کما صرح به الفاضل فی النهایه، فما عساه یظهر من المتأخرین و متأخریهم من أن محل النزاع فیما قصد به البیع مثلا من الأفعال و غیر الأقوال المخصوصه مع جمیع شرائط البیع عدا الصیغه و أن المعظم یقولون بالإباحه فیه، و الکرکی و من تابعه بالبیع المتزلزل، و الفاضل فی النهایه بالبیع الفاسد کما تری، بل یمکن دعوی القطع بفساده بأدنی تأمل و أنه لا ینبغی أن ینسب إلی أصاغر الطلبه فضلا عن أعاظم الأصحاب و کبرائهم، بل لا مناص من القول بالفساد فیه لمن اشترط الصیغه فی الصحه، فضلا عمن جعله عباره عنها.

داده که متعاطیین قصد اباحه داشته باشند؛ نه قصد تملیک چون دیده اند که مشهورِ نزدیک به اجماع قائلند معاطات مفید اباحه است و این با قصد ملکیّت متعاطیین منافات دارد؛ چراکه لازمه اش آن است که عقد تابع قصد نباشد با نوع عبارات فقهاء شیعه و سنّی سازگار نیست و مطابق واقع نیز نمی باشد؛ چراکه در معاطات، دافع قصد تملیک معوّض و آخذ قصد تملیک عوض دارد.

همچنین با تأمّل در عبارت فقهاء معلوم می شود این که گفته اند معاطات بیع نبوده و فقط مفید إباحه است، مرادشان از إباحه «ملکیّت متزلزل» نیست، بلکه مرادشان همان «إباحه» است. بنابراین این که محقق ثانی(۱) قدس سره - فرموده اند مراد فقهاء از إباحه، ملکیت متزلزل است چراکه هر نوع تصرفی را جایز دانسته اند و

۱- جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۴، ص۵۸: و ما یوجد فی عباره جمع من متأخری الأصحاب: من أنها تفید إباحه، و تلزم بذهاب إحدی العینین، یریدون به: عدم اللزوم فی أول الأمر، و بالذهاب یتحقق اللزوم، لامتناع إراده الإباحه المجرده عن أصل الملك، إذ المقصود للمتعاطین إنما هو الملك، فإذا لم یحصل كانت فاسده و لم یجز التصرف فی العین، و كافه الأصحاب علی خلافه. و أیضا فإن الإباحه المحضه لا تقتضی الملك أصلا و رأسا، فكیف یتحقق ملك مال شخص بذهاب مال آخر فی یده؟ و إنما الأفعال لما لم تكن دلالتها علی المراد فی الصراحه كالأقوال و إنما تدل بالقرائن، منعوا من لزوم العقد بها، فیجوز الترادّ ما دام ممكنا، فمع تلف إحدی العینین یمتنع التراد، فیتحقق اللزوم، لأن إحداهما فی مقابل الأخری، و یكفی تلف بعض إحدی العینین لامتناع التراد فی الباقی، إذ هو موجب لتبعیض الصفقه، و للضرر، و لأن المطلوب هو كون إحداهما فی مقابل الأخری.

متعـاطیین نیز قصـد تملیک کرده انـد پس معلوم می شود مرادشان ملک است، از طرف دیگر گفته انـد رجوع جایز است، پس مرادشـان ملکیت متزلزل است؛ نه إبـاحه ای نظیر ابـاحه ی در پـذیرایی میزبـان از مهمـان درست نیست؛ چون این اجتهاد مقابل نصّ است؛ چراکه شـیخ طوسـی قدس سـره - در خلاف تصـریح فرمود: «فإنه لا یکون بیعاً ... و انما یکون إباحه له أن یتصرف کـل واحـد منهمـا فیمـا أخـذه، تصـرفا مباحا من غیر أن یکون ملکه» و نیز جناب ابن ادریس فرمود: «فإنّه لا یکون بیعاً ... و إنّما یکون إبـاحه له، فیتصـرف کـلّ واحـد منهما فیما أخـذه، تصـرفا مباحا، من غیر أن یکون ملکه، أو دخل فی ملکه، و لکل واحد منهمـا، أن یرجع فیمـا بـذله، لأنّ الملک لم یحصل لهما ... و لیس هـذا من العقود الفاسـده، لأنّه لو کان عقـدا فاسـدا لم یصـحّ التصرف فیما صار إلی کلّ واحد منهما، و انما ذلک علی جهه الإباحه» و ظاهر عبارات بقیه نیز اباحه است؛ نه ملکیّت متزلزل.

مقتضای ادلّه ی اوّلیه در معاطات

اشاره

بعد از روشن شدن محل نزاع که متعاطیین قصد تملیک دارند، این مسأله را مرحوم شیخ مطرح می کنند که مقتضای ادله ی اوّلیه در مورد معاطات اعم از عقل، کتاب و سنّت صرف نظر از اجماعی که ادعا شده چیست و در دو مرحله مسأله را دنبال می کنند؛ یکی این که آیا معاطات مفید ملک است یا خیر؟ و دیگری این که آیا معاطات مفید ملکیّت لازم است یا خیر؟ ما نیز به تبع شیخ در دو مرحله بحث می کنیم.

تمسّک به سیره برای اثبات مفید ملک بودن معاطات

اشاره

مرحوم شیخ برای اثبات مفید ملک بودن معاطات ابتدا به سیره تمسک فرمودند.(۱)

سیره در این جا به دو قسم قابل تقریب است:

الف) سیره ی متشرعه

اشاره

سیره ی متشرعه بما هم متشرعه و متدیّنین بر آن است که نسبت به مأخوذ به معاطات، معامله ی ملک کرده و هر تصرفی را نسبت به آن انجام می دهند؛ مثلاً آن را می فروشند، اگر عبد باشد آزاد می کنند، اگر جاریه باشد جائز الوطی می دانند، اگر آخذ فوت شود آن را به ورّاثش داده و ورّاث در آن تصرّف مالکانه می کنند و ... . این ها علامت آن است که شارع خود چنین نظری دارد؛ زیرا متشرعه بما هم

۱- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۴۰: و ذهب جماعه تبعاً للمحقّق الثانی إلی حصول الملک، و لا یخلو عن قوّه؛ للسیره المستمرّه علی معامله المأخوذ بالمعاطاه معامله الملک فی التصرّف فیه بالعتق، و البیع، و الوطء، و الإیصاء، و توریثه، و غیر ذلک من آثار الملک.

متشرعه چون تدیّن دارند و شارع آن ها را تربیت کرده و ملتزم به احکام شرعیه هستند چنین عمل می کنند و اگر شارع نظر دیگری داشت این طور عمل نمی کردند. بنابراین معاطات مفید ملکیت است.

نقد

سیره ی متشرعه وقتی حجت است که احراز شود سیره ی متشرّعه بما هم متشرّعه است و منشأ سیره خود شارع بوده و مؤمنین به تعلیم خود شارع چنین عمل می کنند، در حالی که راهی برای احراز آن در این جا وجود ندارد؛ خصوصاً با توجه به این که اکثریت قریب به اتفاق فقهاء که مرجع حلال و حرام مردمند قائل به عدم تحقق ملک با معاطات و حصول فقط اباحه بوده اند.

بله اگر کسی احراز کند که سیره ی متصل به زمان معصوم علیه السلام - چنین بوده و منشأ آن جز تعلیم شارع نبوده کفایت می کند، ولی از کجا بتوان آن را احراز کرد؟!

مضاف به این که اگر چنین سیره ای ثابت باشد فقط در محقرات، مانند خرید نان، سبزی، یک کیلو شیر و ... بوده، امّا در مورد چیزهای بزرگ و با ارزش مانند خانه، مزرعه و ... وجود نداشته، بلکه با خواندن عقد معامله می کردند یا حداقل مشکوک است.

البته در زمان ما در اشیاء بزرگ نیز چنین سیره ای وجود دارد ولی منشأ آن، همین فتاوی علماست. زمان های سابق چون فتوای به عدم افاده ی ملکیت یا ملکیت لازمه وجود داشت، خواندن عقد نیز رواج داشت.(۱)

پس احراز سیره ی متشرعه بما هم متشرعه که کاشف از تعلیم شارع باشد

۱- یادم می آید وقتی سنّ ما کم بود در روستاها نیز خواندن عقد، حتی به صورت عربی «بعتُ و اشتریتُ» رواج داشت که منشأ آن فتوای علماء و تذکراتی که اهل منبر به مردم می دادند بود.

ممکن نیست و این به معنای عدم حجیت سیره ی متشرعه نیست، بلکه مناقشه در اثبات صغرای سیره ی متشرعه است. بنابراین این که بعضی گفته اند اگر در این سیره مناقشه شود فَعَلی السّیره السّلام(۱)، در صورتی درست است که کسی با قبول وجود سیره، منکر حجیت آن باشد، در حالی که ما منکر حجیت سیره ی متشرّعه نیستیم بلکه می گوییم: سیره ی متشرعه بما هم متشرعه ثابت نیست.

شیخ قدس سره - نیز در نقد تمسّک به سیره ی متشرعه برای اثبات ملک می فرماید(۲): این سیره ناشی از مسامحه و قلّت مبالات به شرع است و الا کسانی که اهل مبالات هستند اگر فتوایی که مجوز حصول ملک با معاطات باشد پیدا نکنند احتیاط کرده صیغه می خوانند.(۳)

۱- حاشیه المکاسب (للإیروانی)، ج ۱، ص۷۸: یمکن أن یقال فی السّیره علی التّوریث مثل ما قیل فی السیره علی التصرفات بل و فوق ما قیل بل الضّروره یلجئ إلی الالتزام بفساد السیره مع أنّ هذه السیره بهذه العظمه لو کانت فاسده فعلی السیره السّلام و الوجوه التی یمکن أن تقال هی إنّ السّیره علی التّوارث بمعنی أخذ الورثه للمال و معاملتهم معه معامله الملکیّه فلعلّ أخذهم للمال أیضا یکون علی وجه الإباحه کمورثهم ثم یدخل المال فی ملک الورثه بإراده التصرفات الموقوفه علی الملک أو لعلّ المال یدخل فی ملک المورث قبل موته آنا مّا ثم ینتقل منه إلی ورثته أو لعلّ موته یکون مملّکا تعبّدیا للورثه من غیر أن یتلقّونه من ملکه کما فی دیه النّفس.

۲- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص۴۲: و أمّا ثبوت السیره و استمرارها علی التوریث، فهی کسائر سیراتهم الناشئه عن المسامحه و قلّه المبالاه فی الدین ممّا لا یحصی فی عباداتهم و معاملاتهم و سیاساتهم، کما لا یخفی.

۳- یکی از اساتید ما هم در مثل این مسأله می فرمود: ما مدتی با تمسّک به سیره ی متشرعه قائل بودیم متنجّس منجّس نیست؛ چون متشرعه وقتی مثلاً دستشان نجس می شود با ازاله ی عین نجاست دیگر از ملاقی با دستشان اجتناب نمی کنند. اما بعد از مدتی متوجه شدیم بعض متشرعه هرچند نماز خوان! حتی از عین نجاست هم احتراز نمی کنند و معلوم شد که این به خاطر عدم مبالات است. به همین خاطر از آن نظر رفع ید کردند و قائل به احتیاط در متنجس شدند. البته ما نیز در این مسأله با دلیل دیگری ثابت کردیم که متنجس فی الجمله نه مطلقاً منجّس است.

ب) سیره ی عقلاء

عقلاء عالَم حتی کسانی که دین ندارند چنین سیره و روشی دارند که با معاطات، خرید و فروش کرده و نتیجه ی آن را ملکیت می دانند. این سیره قبل از شرع و نیز در آغاز شرع و بعد آن بوده و به خاطر کثرت ابتلاء همه ی مردم به مسأله در مرئی و منظر شارع بوده است، ولی با این که شارع وظیفه ی تعلیم حکم و نهی از منکر دارد ردعی از آن نکرده است؛ چون اگر ردع کرده بود به دست ما می رسید. پس اطمینان وجود دارد که ردع نکرده است. بنابراین شارع إفاده ی ملکیت معاطات را إمضاء فرموده است.

ظاهراً سیره ی عقلاء با این تقریب تمام است، ولی با وجود اطلاقات و عمومات نوبت به آن نمی رسد که ما بخواهیم از طریق اطمینان به عدم ردع و کشف امضاء شارع، مفید ملک بودن معاطات را ثابت کنیم.

تذکر این نکته هم لازم است که صرف عدم اثبات ردع در حجیت سیره کافی نیست، بلکه باید ثابت شود که ردع نشده است و این که در بعضی تقریرات(۱) آمده است: در صورت شک در ردع، با اصل عملی (استصحاب) می توان احراز عدم

۱- مصباح الفقاهه، ج ۲، ص۹۳: أنه لا ریب فی قیام السیره- بین المسلمین بل بین عقلاء العالم- علی صحه المعامله المعاطاتیه و ترتیب آثار الملکیه علی المأخوذ بها. و بما أن الشارع المقدس لم یردع عن هذه السیره فتکون حجه شرعیه. و لو شککنا فی ثبوت الردع فالأصل عدمه. • محاضرات فی الفقه الجعفری، ج۲، ص۵۳: و الفرق بین السیره المتشرعه و سیره العقلاء أن فی الاولی لا بد من إثبات اتصالها إلی زمان المعصوم بما أنها سیره المتدینین لیثبت إمضاؤها، و أما الثانیه فیکفی فیها عدم الردع، فکان الشک فی الاولی من الشک فی المقتضی و فی الثانیه من الشک فی المانع.

ردع کرد درست نیست؛ چراکه اثبات امضاء شارع با استصحاب عدم ردع به نحو اصل مثبت می باشد.

تمسّک به اطلاقات و عمومات برای اثبات مفید ملک بودن معاطات

اشاره

مباحث مربوط به اطلاقات و عموماتی مانند (أحَلَّ اللهُ البَیع وَ حَرَّمَ الرِّبا)، (إلا أنْ تَکونَ تِجارهً عَنْ تَراضٍ مِنکُم)، (أوفُوا بِالعُقُود) و ... را به طور مفصّل در ابتدای شروع مکاسب محرمه به عنوان قواعد عامه ی مورد احتیاج در سرتاسر مکاسب مطرح کرده ایم و خلاصه ی آن مطالب و نیز مطالب جدیدی که در این جا مناسب است را ذکر می کنیم.

۱) آیه ی شریفه ی (أحَلَّ اللهُ البَیعَ وَ حَرَّمَ الرِّبا)

اشاره

برای فهم بهتر آیه ی شریفه ی (أحِلَّ اللهُ البَیع وَ حَرَّمَ الرِّبا) لازم است کل آیه ی شریفه یک جا ملاحظه گردیده و در تمام کلمات آن دقت شود:

(الَّذینَ یَأْکُلُونَ الرِّبا لا یَقُومُونَ إِلاَّ کَما یَقُومُ الَّذی یَتَخَبَّطُهُ الشَّیْطانُ مِنَ الْمَسِّ ذلِکَ بِأَنَّهُمْ قالُوا إِنَّمَا الْبَیْعُ مِثْلُ الرِّبا وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَیْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبا فَمَنْ جاءَهُ مَوْعِظَهٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهی فَلَهُ ما سَلَفَ وَ أَمْرُهُ إِلَی اللَّهِ وَ مَنْ عادَ فَأُولئِکَ أَصْحابُ النَّارِ هُمْ فیها خالِدُونَ)(۱)

کسانی که ربا می خورند به پای نمی خیزند، مگر مانند به پای خاستن کسی که شیطان او را با تماس خود آشفته حال کرده [و تعادل روانی و عقلی اش را مختل ساخته] است، این بدان سبب است که آنان گفتند: خرید و فروش هم مانند رباست. و خدا خرید و فروش را حلال، و ربا را حرام کرده است. پس هر که از سوی پروردگارش پندی به او رسد و [از کار

۱- سوره ی مبارکه ی بقره، آیه ی ۲۷۵.

زشت خود] بازایستد، سودهایی که [پیش از تحریم آن] به دست آورده مال خود اوست، و کارش [از جهت آثار گناه و کیفر آخرتی] با خداست. و کسانی که [به عمل زشت خود] بازگردند [و نهی خدا را احترام نکنند] پس آنان اهل آتش اند و در آن جاودانه اند.

مراد از «أكل»، صرف خوردن با دهان نیست، بلکه کنایه از «تصرف» است و مانند آیه ی شریفه ی (لا تَاكُلُوا أموالَكُمْ بَيۡنَكُمْ بِالبَاطِلِ) می باشد.

«ربا»(۱) اسم برای آن زیاده است که در ربای قرضی یا ربای معاملی أخذ می شود.

(لا يَقُومُونَ إِلَّا كَما يَقُومُ الَّذى يَتَخَبَّطُهُ(۲) الشَّيْطانُ مِنَ الْمَسِّ) یعنی رباخوار مثل کسی که ممسوس شیطان است و شیطان بر او مسلط شده و عقلش را مختل

۱- المصباح المنير فى غريب الشرح الكبير للرافعى، ج ۱، ص۲۱۷: الرِّبَا: الْفَضْلُ وَ الزِّيَادَةُ و هُوَ مَقْصُورٌ عَلَى الْأَشْهرَ و يُثَنَّى (رِبَوَانِ) بالْوَاوِ عَلَى الأَصْلِ و قَدْ يُقَالُ (رِبَيَانِ) عَلَى التَّخْفِيفِ وَ يُنْسَبُ إِلَيْهِ عَلَى لَفْظِهِ فَيُقَالُ: (رِبَوِيٌّ) قَالَ أَبُو عبيدٍ و غيْرُهُ. و زَادَ الْمُطَرِزِيُّ. فَقَالَ: الْفَتْحُ فى النِّسْبَةِ خَطَأٌ و (رَبَا) الشَّىءُ يَرْبُو إِذَا زَادَ و (أَرْبَى) الرَّجُلُ بالْأَلِفِ دَخَلَ فِي الرِّبَا و (أَرْبَى) عَلَى الْخَمْسَةِ زَادَ عَلَيْهَا و رَبِىَ الصَّغِيرُ (يَرْبَى) مِنْ بَابِ تَعِبَ و (رَبَا) (يَرْبُو) مِنْ بَابِ عَلَا إِذَا نَشَأَ و يَتَعَدَّى بالتَّضْعِيفِ فَيُقَالُ (رَبَّيْتُهُ) (فَتَرَبَّى) و (الرُّبْوَةُ) الْمَكَانُ الْمُرْتَفِعُ بِضَمِّ الرَّاءِ و هُوَ الْأَكْثَرُ و الْفَتْحُ لُغَةُ بَنى تَمِيمٍ و الْكَسْرُ لُغَةٌ سُمِّيَتْ (رَبْوَةً) لأنها (رَبَتْ) فَعَلَتْ و الْجَمْعُ (رُبًى) مِثْلُ مُدْيَةٍ و مُدًى و (الرَّابِيَةُ) مِثْلُهُ وَ الْجَمْعُ (الرَّوَابِى).

۲- همان، ج ۲، ص۱۶۳: خَبَطْتُ: الْوَرَقَ مِنَ الشَّجَرِ (خَبطاً) مِنْ بَابِ ضَرَب أَسْقَطْتُهُ فَإِذَا سَقَطَ فَهُوَ (خَبَطٌ) بِفَتْحَتَيْنِ فَعَلٌ بِمَعْنَى مَفْعُولٍ مَسْمُوعٌ كَثِيراً و (تَخَبَّطَهُ) الشَّيْطَانُ أَفْسَدَهُ و حَقِيقَةُ (الْخَبْطِ) الضَّرْبُ و (خَبَطَ) الْبعِيرُ الْأَرْضَ ضَرَبَهَا بِيَدِه. • مفردات ألفاظ القرآن، ص۲۷۳: الخَبْط: الضّرب على غير استواء، كخبط البعير الأرض بيده، و الرّجل الشّجر بعصاه، و يقال للمخبوط: خَبَطٌ، كما يقال للمضروب: ضرب، و استعير لعسف السّلطان فقيل: سلطان خَبُوط، و اختباط المعروف: طلبه بعسف تشبيها بخبط الورق، و قوله تعالى: «يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطانُ مِنَ الْمَسِّ» فيصحّ أن يكون من خبط الشّجر، و أن يكون من الاختباط الذى هو طلب المعروف.

ساخته می ایستد که شاید کنایه از این باشد که رباخوار نمی فهمد چه کار می کند.(۱) به هر حال آیه ی شریفه در مقام مذمت شدید رباخوار است.

در (إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبا) بیع به ربا تشبیه شده، در حالی که انتظار می رفت ربا به بیع تشبیه شود؛ چراکه ربا محل خلاف بوده و بیع محل وفاق، و حق تشبیه آن

۱- المیزان فی تفسیر القرآن، ج ۲، ص ۴۱۰: الخبط هو المشی علی غیر استواء، یقال خبط البعیر إذا اختل جهه مشیه، و للإنسان فی حیاته طریق مستقیم لا ینحرف عنه ... و إنما اهتدی الإنسان إلی هذا الطریق المستقیم بقوه مودوعه فیه هی القوه الممیزه بین الخیر و الشر و النافع و الضار و الحسن و القبیح ... و أما الإنسان الممسوس و هو الذی اختلت قوته الممیزه فهو لا یفرق بین الحسن و القبیح و النافع و الضار و الخیر و الشر ... و لذلک استدل تعالی علی خبط المرابین بما حکاه من قولهم: إنما البیع مثل الربا. و من هذا البیان یظهر: أولا: أن المراد بالقیام فی قوله تعالی: لا يَقُومُونَ إِلَّا كَما يَقُومُ، هو الاستواء علی الحیاه و القیام بأمر المعیشه فإنه معنی من معانی القیام یعرفه أهل اللسان فی استعمالاتهم، قال تعالی: «لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ:» ... و أما کون المراد به المعنی المقابل للقعود فمما لا یناسب المورد، و لا یستقیم علیه معنی الآیه. و ثانیا: أن المراد بخبط الممسوس فی قیامه لیس هو الحرکات التی یظهر من الممسوس حال الصرع أو عقیب هذا الحال علی ما یظهر من کلام المفسرین، فإن ذلک لا یلائم الغرض المسوق لبیانه الکلام، و هو ما یعتقده المرابی من عدم الفرق بین البیع و الربا، و بناء عمله علیه، و محصله أفعال اختیاریه صادره عن اعتقاد خابط، و کم من فرق بینهما و بین الحرکات الصادره عن المصروع حال الصرع، فالمصیر إلی ما ذکرناه من کون المراد قیام الربوی فی حیاته بأمر المعاش کقیام الممسوس الخابط فی أمر الحیاه ... قوله تعالی: ذلِكَ بِأَنَّهُمْ قالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبا، قد تقدم الوجه فی تشبیه البیع بالربا دون العکس بأن یقال: إنما الربا مثل البیع فإن من استقر به الخبط و الاختلال کان واقفا فی موقف خارج عن العاده المستقیمه، و المعروف عند العقلاء و المنکر عندهم سیان عنده، فإذا أمرته بترک ما یأتیه من المنکر و الرجوع إلی المعروف أجابک- لو أجاب- إن الذی تأمرنی به کالذی تنهانی عنه لا مزیه له علیه، و لو قال: إن الذی تنهانی عنه کالذی تأمرنی به کان عاقلا غیر مختل الإدراک فإن معنی هذا القول: أنه یسلم أن الذی یؤمر به أصل ذو مزیه یجب اتباعه لکنه یدعی أن الذی ینهی عنه ذو مزیه مثله، و لم یکن معنی کلامه إبطال المزیه و إهماله کما یراه الممسوس، و هذا هو قول المرابی المستقر فی نفسه الخبط: إنما البیع مثل الربا، و لو أنه قال: إن الربا مثل البیع لکان رادا علی الله جاحدا للشریعه لا خابطا کالممسوس.

است که محل خلاف به محل وفاق تشبیه شود. وجه آن شاید این باشد که در عربی تشبیه معکوس مرسوم است، مانند آیه ی شریفه ای از زبان مادر حضرت مریم که نذر کرده بود فرزندی که به دنیا می آورد در معبد معتکف شود، ولی وقتی دید حضرت مریم را به دنیا آورده که مؤنث است به خداوند عرض کرد: (رَبِّ إِنِّی وَضَعْتُها أُنْثی وَ اللَّهُ أَعْلَمُ بِما وَضَعَتْ وَ لَيْسَ الذَّكَرُ كَالْأُنْثی)(۱)؛ یعنی عرض(۲) کرد: ذکر مانند أنثی نیست، در حالی که علی القاعده باید می گفت: أنثی مانند ذکر نیست.

۱- سوره ی مبارکه ی آل عمران، آیه ی ۳۶.

۲- البته این در صورتی است که (وَ لَيْسَ الذَّكَرُ كَالْأُنْثی) مقول قول مادر حضرت مریم باشد؛ نه ادامه ی قول خداوند متعال که در فقره ی قبل فرمود: (وَ اللَّهُ أَعْلَمُ بِما وَضَعَتْ) که در این صورت تشبیه معکوس نیست، بلکه می خواهد بیان بفرماید آن چه خداوند روزی فرموده بالاتر از آن چیزی است که به دنبالش بود؛ یعنی ذکر مثل آن أنثی (حضرت مریم) نیست و حضرت مریم بالاتر است. (امیرخانی) • المیزان فی تفسیر القرآن، ج ۳، ص۱۷۱: لما كانت قولها رَبِّ إِنِّی وَضَعْتُها أُنْثی، مسوقا لإظهار التحسر كان ظاهر قوله: وَ اللَّهُ أَعْلَمُ بِما وَضَعَتْ، أنه مسوق لبيان أنا نعلم أنها أنثی لكنا أردنا بذلك إنجاز ما كانت تتمناه بأحسن وجه و أرضی طريق، و لو كانت تعلم ما أردناه من جعل ما فی بطنها أنثی لم تتحسر و لم تحزن ذاك التحسر و التحزن و الحال أن الذكر الذی كانت ترجوه لم يكن ممكنا أن يصير مثل هذا الأنثی التی وهبناها لها، و يترتب عليه ما يترتب علی خلق هذه الأنثی فإن غايه أمره أن يصير مثل عيسی نبيا مبرئا للأكمه و الأبرص و ... . و من هنا يظهر: أن قوله: وَ لَيْسَ الذَّكَرُ كَالْأُنْثی، مقول له تعالی لا لامرأه عمران، و لو كان مقولا لها لكان حق الكلام أن يقال: و ليس الأنثی كالذكر لا بالعكس و هو ظاهر فإن من كان يرجو شيئا شريفا أو مقاما عاليا ثم رزق ما هو أخس منه و أردأ إنما يقول عند التحسر: ليس هذا الذی وجدته هو الذی كنت أطلبه و أبتغيه، أو ليس ما رزقته كالذی كنت أرجوه، و لا يقول: ليس ما كنت أرجوه كهذا الذی رزقته البته، و ظهر من ذلك أن اللام فی الذكر و الأنثی معا أو فی الأنثی فقط للعهد. و قد أخذ أكثر المفسرين قوله: وَ لَيْسَ الذَّكَرُ كَالْأُنْثی، تتمه قول امرأه عمران، و تكلفوا فی توجيه تقديم الذكر علی الأنثی بما لا يرجع إلی محصل، من أراده فليرجع إلی كتبهم.

و شاید هم وجه آن این باشد: شما که ربا را حرام کردید پس بیع را هم حرام کنید؛ چون بیع نیز مثل رباست، چرا فقط ربا را حرام کردید؟!

سه محور بحث پیرامون آیه ی شریفه ی (أحَلَّ اللهُ البَیعَ)

اشاره

برای تمسّک به آیه ی شریفه ی (احل الله البیع) برای اثبات مفید ملک بودن معاطات، لازم است بحث در سه محور اساسی دنبال شود:

الف) مراد از بیع در آیه ی شریفه چیست؟

ب) مراد از حلّیت در آیه ی شریفه چیست؟

ج) بر فرض دلالت آیه بر صحّت بیع، آیا اطلاق دارد تا شامل بیع معاطاتی شود یا خیر؟

الف) مراد از بیع در آیه ی شریفه چیست؟

اشاره

«بیع» طبق تعریف مختار «تبدیل مالٍ بمالٍ ما اعتباراً» بوده و مصدر می باشد. همان طور که قبلاً بیان کردیم سبب و مسبب در بیع وجود ندارد، لذا بیع نه اسم برای سبب است و نه مسبب، بلکه بیع اسم برای مجموعه ای است که از الفاظ به کار رفته در مقام إنشاء به همراه قصد معنا و اعتبار ملکیتی که ناشی از استعمال این الفاظ می باشد تشکیل شده است. بنابراین اگر قرینه ی خاصه ای بر خلاف نباشد «بیع» به همان معنای مصدری حمل می شود.

حمل بیع بر «تصرفات مترتب بر بیع» در کلام شیخ قدس سره –

امّا مرحوم شیخ(۱) بیع را در آیه ی شریفه بر «جمیع تصرفات مترتب بر بیع»

۱- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۴۰: و یدلّ علیه أیضاً: عموم قوله تعالی وَ أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ؛ حیث إنّه یدلّ علی حلّیه جمیع التصرّفات المترتّبه علی البیع، بل قد یقال: بأنّ الآیه دالّه عرفاً بالمطابقه علی صحّه البیع، لا مجرّد الحکم التکلیفی. لکنّه محلّ تأمّل.

حمل کرده است. بنابراین (احل الله البیع) یعنی «احلّ الله جمیع التصرفات المترتبه علی البیع» و مراد از تصرفات مترتب بر بیع یعنی «تصرف در عوض و معوّض» که با بیع منتقل شده است.

قرینه ای که باعث شده جناب شیخ «بیع» را به این معنا حمل کنند بعضی(۱) «مناسبت» با معنای ربا ذکر کرده اند؛ چون «ربا» اسم برای عین (زیاده) است و (حَرّمَ الرّبا) به معنای حرمت تصرف در آن زیاده می باشد. بنابراین به قرینه ی مناسبت با معنای ربا که بیع در مقابل آن قرار گرفته، (احل الله البیع) نیز باید به معنای حلّیت تصرف در آن چیزی که با بیع منتقل شده، باشد.

بعضی(۲) نیز گفته اند از آن جا که حلّیت تکلیفی بیع بما هو إنشاء واضح بوده و

۱- مصباح الفقاهه، ج ۲، ص۹۶: الوجه الثانی: ما ذکره المصنف، و حاصله: أن المراد من حلیه البیع فی الآیه الکریمه إنما هو الحلیه التکلیفیه، لمقابلتها مع حرمه الربا الظاهره فی الحرمه التکلیفیه و من الواضح أن الحلیه التکلیفیه لا یصح تعلقها بالبیع، لأنه إنشاء تملیک عین بمال. و حلیه ذلک لا تحتاج إلی البیان. و علیه فلا بد من الالتزام بتعلق الحل فی الآیه بالتصرفات المترتبه علی البیع.

۲- حاشیه کتاب المکاسب (للأصفهانی، ط - الحدیثه)، ج ۱، ص۱۰۵: حیث إنّه لا- موهم لحرمه البیع لا- بما هو عمل من الأعمال، و لا بما هو تسبیب إلی الملک، فلذا تصدّی قدّس سرّه لصرف التحلیل إلی الآثار. • حاشیه المکاسب (للإیروانی)، ج ۱، ص۷۷: و کأنّ الدّاعی إلی ارتکاب التقدیر هو المحافظه علی ظهور أحلّ فی الحلیّه التّکلیفیّه المؤکّد هذا الظّهور بمقابله و حرّم الربا فلمّا لم یکن معنی إباحه البیع لم یکن بدّ من تقدیر التصرّفات. • التنقیح فی شرح مکاسب البیع، ج ۱، ص۷۶: و شیخنا الأنصاری حمل الآیه علی الحلّیه التکلیفیه، و بما أنّه رأی عدم مناسبتها مع البیع- إذ لم یتوهّم أحد حرمه البیع تکلیفاً، غایه الأمر أن یکون فاسداً نظیر البیع الغرری فإنّ النهی عنه لیس بمعنی کونه محرّماً تکلیفیاً بل المراد أنّه فاسد و لا یترتّب علیه الأثر- فالتزم بتعلّق الحلّ بالتصرّفات المترتّبه علی البیع واقعاً، و إنّما اسند إلی البیع لفظاً من باب المجاز فی الاسناد لأنّ البیع سبب لها أو من باب المجاز فی الحذف، فاستند فی الاستدلال بالآیه علی صحّه البیع إلی الدلاله الالتزامیه.

احتمال حرمت آن نمی رفت، نمی توان (احل الله البیع) را در صورتی که مراد از حلّیت، حلّیت تکلیفی باشد بر این حمل کرد که گفتن «بعتُ و اشتریتُ» حلال است، به همین خاطر مرحوم شیخ بیع را به «جمیع تصرفات مترتب بر بیع» حمل نموده است.

نقد کلام شیخ قدس سره –

قبلا بیان کردیم مراد از «أکل» در (الذین یأکلون الربا) صرف أکل به دهان نیست، بلکه کنایه از تصرف است. حال اضافه می کنیم که مراد از «أکل» تملّک و تسلّط اعتباری بر رباست؛ چون کسی که معامله ی ربوی انجام داده و خود را مالك ربا می داند ولی به خاطر در ذمه بودن مقدار زیاده هنوز در آن تصرف نکرده، امّا خود را ذی حقّ می داند که طلب کند به نحوی که أدنی أثر بر آن مترتب شود مشمول آیه ی شریفه است و اختصاص به تصرف خارجی و عملی در عین ربا ندارد. بنابراین معنای (الذین یأکلون الربا) چنین می شود: «کسانی که خود را مالك و مسلّط بر ربا می دانند اعتباراً ... ».

همچنین در (ذلکَ بِأَنَّهُم قالوا إنّما البَیعُ مِثلُ الرِّبا) مرادشان از ربا آن عین خارجی نیست، بلکه مرادشان مالکیت اعتباری بر رباست و معنای آیه ی شریفه چنین می باشد: «مالکیت ناشی از بیع مانند مالکیت بر رباست و هیچ تفاوتی با هم ندارند». خداوند متعال نیز در پاسخ می فرماید: خداوند «مالکیت بیعی» را حلال و «مالکیت ربوی» را حرام کرده است.

در انتهـای آیه ی شـریفه هم که می فرمایـد: (فَمَنْ جاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهى فَلَهُ ما سَلَف) روشن است مراد از (فَلَهُ مَا سَلَف) ملکیت اعتباری است؛ یعنی آن چه از ربا در سابق گرفته مال اوست اعتباراً.

پس معلوم شد مراد از «ربا» در صدر تا ذیل آیه ی شـریفه، تملّک و تسلّط اعتباری بر آن زیاده است؛ نه تصرفات خارجیه تا به قرینه ی مناسبت، «بیع» نیز بر «تصرفات مترتب بر بیع» حمل شود.

امّا این که بعضـی گفتند احتمال حرمت إنشاء بیع وجود نداشت تا مراد از بیع، إنشاء بیع باشد، می گوییم همان طور که از ادله استفاده می شود إنشـاء بیع خمر، إنشـاء بیع ربوی و ... حرام است، احتمـال آن بود که إنشاء مطلق بیع نیز حرام باشـد، به همین خاطر گفتیم شاید مرادشان از (إنّما البَیعُ مِثلُ الرِّبا) این بوده که بیع نیز باید مانند ربا حرام باشد! لذا اگر آیه ی شـریفه ظهور در حلّیت تکلیفی إنشاء بیع داشته باشد دلیل قاطعی بر انصراف از این ظهور وجود ندارد.

بنـابراین بـا ردّ این دو قرینه، دیگر نمی توان با ارتکاب «مجاز در اسـناد» یا «مجاز در کلمه»، یا «مجاز در حـذف»(۱)، بیع را بر «تصـرفات مترتب بر بیع» حمل نمود، بلکه بایـد بر همان معنایی که ظاهر است یعنی معنای مصدری «تبدیل مال بمالٍ ما اعتباراً» حمـل کرد که در این صـورت معنـای (احـلَّ اللهُ الـبیعَ و حَرَّمَ الرِّبـا) آن است که خداونـد گفتن «بعتُ و اشـتریتُ» به نحوی که ملکیّت بر آن مترتب

۱- مجـاز در إسـناد، به این نحو که در واقع «احـل الله جمیع التصـرفات المترتبه علی البیع» بوده و مجـازاً به بیع اسـناد داده شـده است، مانند جری المیزاب که در حقیقت جری الماء فی المیزاب بوده است. مجاز در کلمه به این نحو که بگوییم مراد از بیع به علاقه ی سببیت و مسببیت، جمیع تصرفات مترتب بر بیع است. مجاز در حذف به این نحو که بگوییم «جمیع التصرفات المترتبه علی» در تقدیر می باشد و نظیر (و اسئلوا القریه) است که در واقع «و اسئلوا اهل القریه» بوده و «اهل» در تقدیر می باشد.

است را حلال کرده و [ملکیّت بر] ربا را حرام کرده است و اگر در هر دو «ملکیّت» را در تقدیر بگیریم این چنین می شود: خداوند ملکیّت ناشی از گفتن «بعتُ و اشتریتُ» را حلال و ملکیّت بر ربا را حرام نموده است.

ب) مراد از «حلّیت» در آیه ی شریفه چیست؟

اشاره

حلّیت بر دو قسم است: حلّیت تکلیفی و حلّیت وضعی.

حلّیت تکلیفی که به معنای إباحه می باشد خود بر دو قسم است: حلّیت بالمعنی الخاص که قسیم وجوب، حرمت، کراهت و استحباب می باشد و به معنای عدم اقتضاء فعل و ترک است و دیگری حلّیت بالمعنی الاعم [که به معنای عدم حرمت بوده و شامل کراهت، استحباب، اباحه بالمعنی الخاص و وجوب می شود].

حلّیت وضعی به معنای ممضی و نافذ بودن است که خود اقتضاء فعل و ترک ندارد، بلکه موضوع احکام تکلیفه واقع می شود.

تبیین مراد از حلّیت در کریمه و رابطه ی آن با صحّت معاطات از دیدگاه شیخ قدس سره –

بعضی از جمله مرحوم شیخ قدس سره – به دلیل وجوهی که ذکر خواهیم کرد قائل شده اند مراد از حلّیت در آیه ی شریفه، حلّیت تکلیفی است؛ نه حلّیت وضعی.

امّا لازمه ی این کلام آن است که دیگر نتوان برای اثبات مفید ملکیّت بودن معاطات به آیه ی شریفه استناد کرد؛ چراکه صحّت معامله و إفاده ی ملکیّت از امور وضعی بوده و با حلّیت تکلیفی بیگانه است، لهذا مرحوم شیخ برای استفاده ی حکم وضعی می فرمایند: گر چه مراد از حلّیت در آیه ی شریفه، حلّیت تکلیفی است ولی از آن جا که متعلق این حلّیت «جمیع تصرفات مترتب بر بیع» می باشد، پس ملازمه با «ملکیّت» دارد؛ چون «جمیع تصرفات» شامل تصرفات

متوقف بر ملک نیز می شود. بنابراین برای اثبات صحت معاطات و مفید ملک بودن آن می توان به آیه ی شریفه استناد کرد؛ چراکه معاطات عرفاً بیع بوده و آیه ی شریفه جمیع تصرفات مترتب بر آن را مباح می داند، پس معاطات صحیح بوده و مفید ملکیت است.

امّا مرحوم شیخ خودشان اشکالی(۱) را بر این ملازمه وارد کرده و می فرمایند: ممکن است گفته شود نهایت چیزی که از آیه ی شریفه در مورد معاطات استفاده می شود آن است که جمیع تصرفات مترتب بر معاطات حتی تصرفات متوقف بر ملک مباح است و این تلازمی با مفید ملک بودن معاطات از همان ابتدای وقوع معاطات ندارد، بلکه سازگاری دارد با این که بگوییم: معاطات ابتدا فقط مفید اباحه ی تصرف است، ولی لحظه ای که می خواهد تصرف متوقف بر ملک کند آنآما قبل از آن، ملک متحقق می شود و لازم نیست حتماً از ابتدای وقوع معاطات ملک حاصل شود؛ مثلاً اگر عبدی را به معاطات خرید مالک عبد نشده است، فقط لحظه ای قبل از آن که او را آزاد کند مالک می شود؛ چون «لا عتق الا

۱- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص۴۲: و کیف کان، ففی الآیتین [آیه أحلّ الله البیع و آیه التجاره] مع السیره کفایه. اللّهم إلّا أن یقال: إنّهما لا تدلّان علی الملک، و إنّما تدلّان علی إباحه جمیع التصرّفات حتی المتوقّفه علی الملک، کالبیع و الوطء و العتق و الإیصاء، و إباحه هذه التصرّفات إنّما تستلزم الملک بالملازمه الشرعیّه الحاصله فی سائر المقامات من الإجماع و عدم القول بالانفکاک، دون المقام الذی لا یعلم ذلک منهم، حیث أطلق القائلون بعدم الملک إباحه التصرّفات و صرّح فی المسالک: بأنّ من أجاز المعاطاه سوّغ جمیع التصرّفات. غایه الأمر أنّه لا بدّ من التزامهم بأنّ التصرّف المتوقّف علی الملک یکشف عن سبق الملک علیه آناً ما؛ فإنّ الجمع بین إباحه هذه التصرّفات و بین توقّفها علی الملک یحصل بالتزام هذا المقدار. و لا یتوقّف علی الالتزام بالملک من أوّل الأمر لیقال: إنّ مرجع هذه الإباحه أیضاً إلی التملیک.

فی ملک»(۱). یا اگر أمه ای را به معاطات خریـد لحظه ای قبل از آن که او را وطی کنـد مالک می شود؛ نه از ابتـدای حصول معاطات، در حالی که ادعا آن است که معاطات از همان ابتدا مفید ملکیت است؛ نه آناًما قبل از تصرف متوقف بر ملک!

بدین جهت شیخ(۲) قدس سره - برای فرار از اشکال، به نحو ضعیف به روش دیگر روی می آورد که همان استفاده ی حکم وضعی و صحّت بیع معاطاتی از کریمه است که تقریب آن خواهـد آمـد إن شاء الله. همچنین مبعّـداتی را برای حـدوث ملک آناًما قبل از تصرّفات متوقّف بر ملک ذکر می کنند که شاید متعرّض آن شویم.

وجوه حمل حلّیت بر حلّیت تکلیفی در کریمه و نقد آن

وجه اوّل: به قرینه ی این که مراد از بیع «جمیع تصرفات مترتب بر بیع» می باشد «حلّیت» به معنای «حلّیت تکلیفی» است؛ چراکه «تصرف» فعل بوده و با حلّیت تکلیفی سازگار می باشد.

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص۱۷۹: عَلِیُّ بْنُ إِبْرَاهِیمَ عَنْ أَبِیهِ عَنِ ابْنِ أَبِی عُمَیْرٍ عَنْ مَنْصُورِ بْنِ حَازِمٍ عَنْ أَبِی عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام - قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ۹ لَا طَلَاقَ قَبْلَ نِکَاحٍ وَ لَا عِتْقَ قَبْلَ مِلْکٍ.

۲- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص۴۳: فالأولی حینئذٍ: التمسّک فی المطلب بأنّ المتبادر عرفاً من «حلّ البیع» صحّته شرعاً. هذا، مع إمکان إثبات صحّه المعاطاه فی الهبه و الإجاره ببعض إطلاقاتهما، و تتمیمه فی البیع بالإجماع المرکّب. هذا، مع أنّ ما ذکر: من أنّ للفقیه التزام حدوث الملک عند التصرّف المتوقّف علیه، لا یلیق بالمتفقّه فضلًا عن الفقیه! و لذا ذکر بعض الأساطین فی شرحه علی القواعد فی مقام الاستبعاد: أنّ القول بالإباحه المجرّده، مع فرض قصد المتعاطیین التملیک و البیع، مستلزم لتأسیس قواعد جدیده: منها: أنّ العقود و ما قام مقامها لا تتبع القصود. و منها: ... انتهی. و المقصود من ذلک کلّه استبعاد هذا القول، لا أنّ الوجوه المذکوره تنهض فی مقابل الأُصول و العمومات؛ إذ لیس فیها تأسیس قواعد جدیده لتخالف القواعد المتداوله بین الفقهاء.

ولی از آن جا که ما در حمل بیع بر «جمیع تصرفات مترتب بر بیع» مناقشه کردیم این وجه نمی تواند در حمل حلّیت بر «حلّیت تکلیفی» کارایی داشته باشد.

وجه دوم: از آن جا که حلّیت بیع در مقابل حرمت ربا قرار گرفته و مراد از حرمت ربا حرمت تکلیفی است، پس مراد از حلّیت بیع نیز حلّیت تکلیفی است.

جواب این وجه نیز از ما سبق روشن است و آن این که مراد از حرمت ربا به همان قرائنی که بیان کردیم حرمت وضعی است؛ زیرا اعراب جاهلی معاصر نزول آیه ی شریفه قائل بودند مالک ربا می شوند و منع قانونی برای مالکیّت ربا وجود ندارد. آیه ی شریفه نیز اعتقاد آنان را تخطئه کرده و می فرماید: منع الهی از مالکیّت ربا وجود دارد و کسی مالک آن نمی شود. بنابراین آیه ی شریفه هیچ ظهوری در حرمت تکلیفی ندارد تا قرینه شود بر این که حلّیت بیع نیز حلّیت تکلیفی است.

بله حرمت تکلیفی ربا حتی حرمت تکلیفی إنشاء معامله ی ربوی را می توان از ادله ی دیگر استفاده کرد؛ مثلاً در روایت صحیحی می فرماید: «آكِلُ الرِّبَا وَ مُؤْكِلُهُ وَ كَاتِبُهُ وَ شَاهِدَاهُ فِيهِ سَوَاءٌ»(۱) و در روایت دیگر می فرماید: «لَعَنَ رَسُولُ اللَّهِ- صلی الله علیه و آله و سلم - الرِّبَا وَ آكِلَهُ وَ بَائِعَهُ وَ مُشْتَرِيَهُ وَ كَاتِبَهُ وَ شَاهِدَيْهِ»(۲) که از آن استفاده ی حرمت تکلیفی

۱- وسائل الشیعه، ج ۱۸، کتاب التجاره، ابواب الربا، بَابُ تَحْرِيم أَخْذِ الرِّبَا وَ دَفْعِهِ وَ كِتَابَتِهِ وَ الشَّهَادَةِ عَلَيْهِ، ح۱، ص۱۲۶: مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي نَجْرَانَ عَنْ عَاصِمِ بْنِ حُمَيْدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ قَيْسٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ۸ قَالَ: قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ علیه السلام - آكِلُ الرِّبَا وَ مُؤْكِلُهُ وَ كَاتِبُهُ وَ شَاهِدَاهُ فِيهِ سَوَاءٌ. و همان، ح۳: مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيِّ بْنِ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ شُعَيْبِ بْنِ وَاقِدٍ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ زَيْدٍ عَنِ الصَّادِقِ عَنْ آبَائِهِ- علیهم السلام -فِي مَنَاهِي النَّبِيِّ۹ أَنَّهُ نَهَى عَنْ أَكْلِ الرِّبَا وَ شَهَادَةِ الزُّورِ وَ كِتَابَةِ الرِّبَا وَ قَالَ: إِنَّ اللَّهَ لَعَنَ آكِلَ الرِّبَا وَ مُؤْكِلَهُ وَ كَاتِبَهُ وَ شَاهِدَيْهِ.

۲- همان، ح۲: مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ عُلْوَانَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ خَالِدٍ عَنْ زَيْدِ بْنِ عَلِيٍّ عَنْ آبَائِهِ عَنْ عَلِيٍّ- علیهم السلام -قَالَ: لَعَنَ رَسُولُ اللَّهِ۹ الرِّبَا وَ آكِلَهُ وَ بَائِعَهُ وَ مُشْتَرِيَهُ وَ كَاتِبَهُ وَ شَاهِدَيْهِ. وَ رَوَاهُ الصَّدُوقُ مُرْسَلا وَ كَذَا الَّذِي قَبْلَه.

می شود؛ چراکه کاتب و شاهد، مال ربوی نمی خورند تا حرمت وضعی داشته باشد، بلکه نسبت به کتابت یا شهادت بر عقد یعنی «بعتُ و اشتریتُ» در بیع ربوی و «اقرضتُ» در قرض ربوی مرتکب حرام تکلیفی می شوند و به طریق اولی استفاده می شود «موجِب» و «قابل» مرتکب حرام تکلیفی می شوند.

وجه سوم: حلّیت، حداقل در لغت منصرف به حلّیت تکلیفی است.

این وجه نیز درست نیست و عن قریبٍ خواهد آمد که انصراف به حلّیت تکلیفی ندارد.

وجه چهارم: بعضی از جمله خود شیخ(۱) قائلند حکم وضعی مستقیماً قابل جعل

۱- فرائد الأصول، ج ۳، ص۱۲۵: ثمّ إنّه لا بأس بصرف الکلام إلی بیان أنّ الحکم الوضعیّ حکم مستقلّ مجعول- کما اشتهر فی ألسنه جماعه- أو لا، و إنّما مرجعه إلی الحکم التکلیفی؟ فنقول: المشهور- کما فی شرح الزبده- بل الذی استقرّ علیه رأی المحقّقین- کما فی شرح الوافیه للسیّد صدر الدین-: أنّ الخطاب الوضعیّ مرجعه إلی الخطاب الشرعیّ، و أنّ کون الشی ء سببا لواجب هو الحکم بوجوب ذلک الواجب عند حصول ذلک الشی ء، فمعنی قولنا: «إتلاف الصبیّ سبب لضمانه»، أنّه یجب علیه غرامه المثل أو القیمه إذا اجتمع فیه شرائط التکلیف من البلوغ و العقل و الیسار و غیرها، فإذا خاطب الشارع البالغ العاقل الموسر بقوله: «اغرم ما أتلفته فی حال صغرک»، انتزع من هذا الخطاب معنی یعبّر عنه بسببیّه الإتلاف للضمان، و یقال: إنّه ضامن، بمعنی أنّه یجب علیه الغرامه عند اجتماع شرائط التکلیف. و لم یدّع أحد إرجاع الحکم الوضعیّ إلی التکلیف الفعلیّ المنجّز حال استناد الحکم الوضعیّ إلی الشخص، حتّی یدفع ذلک بما ذکره بعض من غفل عن مراد النافین: من أنّه قد یتحقّق الحکم الوضعیّ فی مورد غیر قابل للحکم التکلیفی، کالصبیّ و النائم و شبههما. و کذا الکلام فی غیر السبب؛ فإنّ شرطیّه الطهاره للصلاه لیست مجعوله بجعل مغایر لإنشاء وجوب الصلاه الواقعه حال الطهاره، و کذا مانعیّه النجاسه لیست إلّا منتزعه من المنع عن الصلاه فی النجس، و کذا الجزئیّه منتزعه من الأمر بالمرکّب. • المکاسب المحرمه (ط - القدیمه)، ج ۲، ص۳۰۶: قد حقق فی الأصول أن لا معنی للحکم الوضعی إلا ما انتزع من الحکم التکلیفی.

نیست، بلکه از حکم تکلیفی منتزع می شود. به همین خاطر این جا چون حلّیت به نحو مستقیم تحت جعل رفته، پس مراد حلّیت تکلیفی است؛ نه حلّیت وضعی.

ولی از آن جا که این مبنا درست نیست و حکم وضعی مستقیماً قابل جعل است، این وجه نیز نمی تواند دلیل بر تکلیفی بودن حلّیت باشد.

نظر مشهور در حلّیت در کریمه

مشهور گفته اند: مراد از حلّیت در آیه ی شریفه حلّیت وضعی است و (أَحَلَّ اللهُ البَیعَ) یعنی خداوند بیع را نافذ قرار داده است. پس اثرات متوقع بر آن مترتب است؛ یعنی مبیع از کیس بایع به کیس مشتری و ثمن از کیس مشتری به کیس بایع داخل می شود.

بعضی(۱) نیز به نحو قانون کلی گفته اند: هرگاه متعلق حلّیت و حرمت، از معاملات بالمعنی الاعم بود مانند بیع، اجاره، نکاح و ... حلّیت و حرمت به معنای نفوذ و عدم نفوذ است که همان حکم وضعی می باشد.

۱- حاشیه کتاب المکاسب (للهمدانی)، ص۲۸: فنقول: امّا کون المراد من حلّیه البیع صحّته و جواز ترتّب الآثار المبتنیه علیه و حصول الملکیه به فغیر بعید، بل هو الظاهر من قول القائل: «المعامله الکذائیّه حلال» و ذلک لإطلاقهم المعامله کثیرا ما علی المعامله الّتی یترتّب علیها الأثر. • إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۴، ص۲۶: لا یخفی ان قوله سبحانه (أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ) مدلوله المطابقی کما هو مقتضی إضافه الحلیّه إلی المعامله؛ و منها البیع جوازها الوضعی أی إمضائها.

مراد از حلّیت، جامع حلّیت وضعی و تکلیفی در نظر سید خویی قدس سره –

سید خویی قدس سره – فرموده است(۱): حلّیت در آیه ی شریفه در جامع بین حلّیت

۱- مصباح الفقاهه، ج ۲، ص۹۴: ان معنی الحل فی اللغه هو الإطلاق و الإرسال. و یعبر عنه فی لغه الفارس بکلمه (بازداشتن) [رها کردن] و یقابله التحریم، فإنه بمعنی المنع و الحجر. و لا ریب أن الحل بهذا المعنی يناسب الحليه الوضعيه و التكليفيه كلتيهما. و عليه فكما يصح استعمال لفظ الحل في خصوص الحليه الوضعيه، أو التكليفيه كذلك يصح استعماله في كلتيهما معا. و يختلف ذلك حسب اختلاف الموارد و القرائن. و هكذا الحال في لفظ التحريم- الذي هو مقابل الحل- فإنه يعم التحريم الوضعي و التحريم التكليفي كليهما، و إراده خصوص أحدهما دون الآخر في بعض الموارد من ناحيه القرائن الحاليه أو المقاليه. و إذن فلا وجه للمناقشه في شمول لفظ الحل للحليه الوضعيه و التكليفيه معا بعدم وجود الجامع بينهما. و هذا واضح لا ريب فيه. • محاضراتٌ في الفقه الجعفري، ج۲، ص۵۴: إن الحلّ في اللغه في مقابل العقد و الشد، يقال: «حبلٌ محلول» في مقابل المعقود و المشدود، و قد ذكر في كتاب أقرب الموارد: «حلّ العقده من باب نصر نقشها و فتحها، و حلّ المكان أو بالمكان من باب نصر و ضرب حلاً و حلولاً و حلالاً نزل به، و حلّ أمر الله عليه (ن ض) حلولاً وجب، و بهما قرئ «فيحلّ عليكم غضبي». ثم ذكر بعد ذلك: أحل الله الشيء جعله حلالاً ثم ذكر بعده: الحلال (و هو صفه مشبهه على وزن جبان) ما أباحه الله، و سمّي حلالا لانحلال عقده الحظر عنه ضد الحرام، و الخارج من الإحرام». فما ذكره هذا اللغوي موافق لما استظهرناه، و هو يجتمع مع كل من الحليه التكليفيه و الوضعيه بحسب اختلاف الموارد، فإذا أسند في كلام الشارع إلى الافعال أو الموضوعات الخارجيه يراد به الحلّ من حيث التكليف و عدم العقاب، و إذا اسند الى الاعتبارات العرفيه يراد به بمناسبه الحكم و الموضوع الصحه و النفوذ كما أن الحرمه أيضاً يراد بها الفساد إذا اسندت إليها. و عليه فالآيه الشريفه بالمطابقه تدل على صحه البيع و إمضائه. • التنقيح في شرح مكاسب البيع، ج۱، ص۷۷: والظاهر أنّه بمعنى الحلّ في مقابل الشدّ والعقد وأنّ اللَّه أحلّ البيع، يعني أرسله وأطلقه ولم يشدّه ويمنع عنه، بخلاف الربا فإنّه منع عنه وقيّده، فالبيع محلول في مقابل الممنوع والمشدود، وهذا المعنى للحل يجتمع مع كل من الحلّيه التكليفيه والوضعيه بحسب اختلاف الموارد، فإذا اسند في كلام الشارع إلى الأفعال أو الموضوعات الخارجيه اريد به الحل من حيث التكليف وعدم العقاب، وإذا اسند إلى الاعتبارات العرفيه كالبيع اريد به الصحّه والنفوذ بمناسبه الحكم والموضوع، كما أنّ الحرمه أيضاً كذلك تجتمع مع كلّ من التكليف والوضع بحسب اختلاف الموارد، وعليه فالآيه تدلّ بالمطابقه على صحّه البيع ونفوذه بقرينه إسناد الحلّ إلى البيع الذي هو من الاعتبارات العرفيه.

وضعی و حلّیت تکلیفی بـه کـار رفته است؛ چراکه «حلّیت» در لغت(۱) به معنـای اطلاـق، ارسـال و رها بودن است، در مقابل «حرمت» که به معنـای منع، حجر و بازداشـتن است. اگر چیزی «مطلق»، «بـدون قیـد و بنـد» و «رهـا» بود گفته می شود «حلاـل» است. حلّیت به این معنا مناسبت با حلّیت تکلیفی و حلّیت وضعی هر دو دارد و می تواند هر دو را افاده کند. بنابراین (أَحَلَّ اللهُ البَیعَ) به این معناست که خداونـد بیع را رها و بـدون قیـد و بند قرار داده است که هم از لحاظ تکلیفی رهاست و منعی ندارد و هم از لحاظ وضعی.

سید خویی قدس سره – سپس می فرماید(۲): کلمه ی حلّیت و حرمت گاهی به اعیان

۱- مفردات ألفاظ القرآن، ص۲۵۱: أصل الحَلّ: حلّ العقـده، و منه قوله عزّ و جلّ: وَ احْلُلْ عُقْدَهً مِنْ لِسانِی [طه/ ۲۷]، و حَلَلْتُ: نزلت، أصله من حلّ الأحمال عنـد النزول، ثم جرّد اسـتعماله للنزول، فقیل: حَلَّ حُلُولًا، و أَحَلَّهُ غیره، قال عزّ و جلّ: أَوْ تَحُلُّ قَرِیباً مِنْ دارِهِمْ [الرعد/ ۳۱]، وَ أَحَلُّوا قَوْمَهُمْ دارَ الْبَوارِ [إبراهیم/ ۲۸]، و یقال: حَلَّ الدّین: وجب أداؤه، و الحِلَّه: القوم النازلون، و حیّ حِلَـال مثله، و المَحَلَّه: مکـان النزول، و عن حـلّ العقـده اسـتعیر قولهم: حَلَّ الشـی ء حلالًا، قال اللّه تعالی: وَ کُلُوا مِمّا رَزَقَکُمُ اللّهُ حَلالًا طَیِّباً [المائده/ ۸۸]، و قال تعالی: هـذا حَلالٌ وَ هذا حَرامٌ [النحل/ ۱۱۶]، و من الحُلُول أَحَلَّت الشاه: نزل اللبن فی ضـرعها، و قال تعالی: حَتّی یَبْلُغَ الْهَدْیُ مَحِلَّهُ [البقره/ ۱۹۶]، و أَحَلَّ اللّه کذا، قال تعالی: أُحِلَّتْ لَکُمُ الْأَنْعامُ [الحج/ ۳۰]، و قال تعالی: یا أَیُّهَا النَّبِیُّ إِنّا أَحْلَلْنا لَکَ أَزْواجَکَ اللّاتِی آتَیْتَ أُجُورَهُنَّ وَ ما مَلَکَتْ یَمِینُکَ مِمّا أَفاءَ اللّهُ عَلَیْکَ وَ بَناتِ عَمِّکَ وَ بَناتِ عَمّاتِکَ ... .

۲- مصـباح الفقاهه، ج ۲، ص۹۴: ثم إن الحـل قـد یتعلق بالأعیـان الخارجیه. و قـد یتعلق بالأفعال الخارجیه. و قـد یتعلق بالأمور الاعتبـاریه المبرزه بمبرز خـارجی. و علی الأـول فلاـ یصـح الکلاـم إلا بالتقـدیر، للـدلاله الاقتضائیه، و صـیانه لکلام المتکلم عن اللغـویه. و مـن هـذا القبیـل قـوله (تعـالی) (أُحِـلَّ لَکُمُ الطَّیِّبـاتُ وَ طَعامُ الَّذِینَ أُوتُـوا الْکِتـابَ حِـلٌّ لَکُمْ، وَ طَعـامُکُمْ حِـلٌّ لَهُمْ، وَ الْمُحْصَـناتُ مِنَ الْمُؤْمِناتِ) فإن متعلق الحل فی هـذه الآیه إنما هو المطاعم و المآکل و المناکح. و من الواضح أنه لا معنی لحلیه هـذه الأمور بنفسـها، بل المراد من حلیتها إنما هو حلیه ما تعلق بها من الأفعال المناسـبه لها من الأکل و الشـرب و النکاح. و علی الثـانی فلاـ شـبهه فی صـحه الکلاـم بلاـ احتیـاج إلی التقـدیر، و منه قوله (تعـالی) (أُحِـلَّ لَکُمْ لَیْلَهَ الصِّیـامِ الرَّفَثُ إِلی نِسائِکُمْ). و کـذلک الحـال فی الثـالث، و مثـاله: أن یتعلق الحـل بالمعاملاـت- التی هی الاعتبـارات النفسـانیه المظهره بمبرز خـارجی- فإنها بنفسـها قابله للحلیه وضعا و تکلیفا من دون احتیاج إلی التقدیر و من ذلک قوله (تعالی) (وَ أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ). و لا یخفی علیک أن هذه الصور الثلث- التی ذکرناها فی استعمالات کلمه الحل- جاریه بعینها فی استعمالات کلمه التحریم أیضا طابق النعل بالنعل و القـذه بالقـذه. و المتحصـل من جمیع مـا بینـاه: أن معنی قوله (تعـالی) (وَ أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ) هو أن اللّه قـد رخص فی إیجاد البیع، و أطلقه، و أرسـله، و لم یمنع عن تحققه فی الخـارج و إذن فتـدل الآیه الکریمه دلاله مطابقیه علی جواز البیع تکلیفا، و علی نفوذه وضـعا. و من الواضـح الـذی لا خفاء فیه أن المعاطاه بیع فتکون مشـموله للآیه. و إذن فلا یتوجه علیه أی محـذور من المحاذیر و اللّه العالم.

خارجی نسبت داده می شود مثل (أحلّ لَکُمُ الطَّیِّباتُ)(۱) و (وَ یُحِلُّ لَهُمُ الطَّیِّباتِ وَ یُحَرِّمُ عَلَیْهِمُ الْخَبائِثَ)(۲) بنابر آن که مراد از طیّب و خبیث عین خارجی باشد یا (حُرِّمَتْ عَلَیْکُمْ أُمَّهاتُکُمْ)(۳) که در چنین جاهایی باید فعل مناسبی را در تقدیر گرفت؛ چراکه عین خارجی نمی تواند حلال یا حرام باشد، بلکه فعل مناسبِ آن است که متصف به حلال یا حرام می شود. بنابراین در (حُرِّمَتْ عَلَیْکُمْ أُمَّهاتُکُمْ) به مناسبت حکم و موضوع و قرائن، «نکاح» در تقدیر است؛ یعنی «حُرمت علیکم نکاحُ امهاتِکم» و در (أحلّ لَکُمُ الطَّیِّباتُ) و (یُحَرِّمُ عَلَیْهِمُ الْخَبائِثَ) «أکل و شرب» در تقدیر است.

گاهی نیز حلّیت و حرمت به خود افعال تعلق می گیرد، مثل (أحلّ لَکُمْ لَیْلَهَ

۱- سوره ی مبارکه ی مائده، آیه ی ۴.

۲- سوره ی مبارکه ی اعراف، آیه ی ۱۵۷.

۳- سوره ی مبارکه ی نساء، آیه ی ۲۳.

الصِّيَامِ الرَّفَثُ إِلَى نِسَائِكُمْ)(۱) که رفث به معنای جماع است و فعل می باشد. در چنین جایی کلام احتیاج به تقدیر ندارد.

و گاهی به امور اعتباریه مانند بیع، اجاره، نکاح و ... تعلق می گیرد، مثل (أَحَلَّ اللهُ البَیعَ) که بیع یک امر اعتباری است. در چنین جایی نیز احتیاج به تقدیر نیست و حلّیت امر اعتباری به معنای رها بودن آن است که اگر رها بودنش اطلاق داشته باشد شامل حلّیت وضعی و حلّیت تکلیفی هر دو می شود.

بنابراین کریمه ی (أَحَلَّ اللهُ البَیعَ) بالمطابقه می تواند دالّ بر حلّیت وضعی و حلّیت تکلیفی «بیع» باشد.

بررسی کلام سید خویی قدس سره –

همانطور که در ابتدای مکاسب محرمه بیان کردیم به نظر ما نیز کلام سید خویی قدس سره - صحیح است و معنای عرفی «أحلّ» وقتی به مثل بیع، إجاره، نکاح و ... تعلق می گیرد مفید حلّیت وضعی و تکلیفی هر دو می باشد. به عنوان مثال اگر در کشوری تملّک زمین برای غیر اتباع آن کشور ممنوع باشد یا نکاح با اتباع بر غیر تابع ممنوع باشد، سپس آن را آزاد کنند، هم آزادی تکلیفی و هم آزادی وضعی از آن فهمیده می شود؛ یعنی اگر غیر تابع زمینی را بخرد، هم مرتکب جرم نشده و هم زمین را مالک می شود و نیز اگر با اتباع ازدواج کند کار خلافی مرتکب نشده و ازدواجشان نافذ است.

بنابراین حلّیت هرگاه به امور اعتباری تعلق بگیرد و اطلاق داشته باشد در معنای جامع وضعی و تکلیفی استعمال می شود و مفید هر دو حکم می باشد.

۱- سوره ی مبارکه ی بقره، آیه ی ۱۸۷.

معنای حلّیت در نظر محقق اصفهانی قدس سره – و نقد آن

محقق اصفهانی(۱) قدس سره – «أحلّ» را از «حُلول» به معنای «نزول» گرفته و به «جای دادن»(۲) معنا کرده است، نظیر این فقره ی دعای ندبه که می فرماید: «وَ أَحَلَّهُ مَحَلَّ هَارُونَ مِن مُوسَی»؛ پیامبر اکرم– صلی الله علیه و آله و سلم – علی علیه السلام – را جای داد همان جایگاه هارون نسبت به موسی۸. بنابراین (أَحَلَّ اللهُ البَیعَ) یعنی خداوند متعال همان جایگاهی که بیع در میان مردم داشت تثبیت کرد و تغییری نداد، ولی جلوی ربا را گرفت.

امّا این معنا خلاف ظاهر است؛ زیرا ظاهر آن است که «أحلّ» در مقابل «حرّم» قرار دارد، [در حالی که اگر «أحلّ» به معنای جای دادن باشد خیلی با «حرّم» مناسبت ندارد؛ چراکه مقابل «حلول» و «إحلال»، «ارتحال» و «إزاله»(۳) قرار دارد؛ نه

۱– حاشیه کتاب المکاسب (للأصفهانی، ط – الحدیثه)، ج ۱، ص۱۰۵: [تدلّ] الآیه بالمطابقه علی الصحه، نظرا إلی أنّ الحلیه أمر یناسب التکلیف و الوضع، و لذا ورد فی باب الصلاه (حلت الصلاه فیه) أی جازت و وقعت فی محلها، فالحلّیه منسوبه إلی نفس البیع بما هو تسبب إلی الملکیه، و المراد– و الله اعلم– أنّه تعالی أحله محله و أقرّه مقره و لم یجعله کالقمار بحکم العدم. و أمّا جعله من الحلّ فی قبال الشد– بمعنی أنّه لم یصد عنه و جعله مرخی العنان فی تأثیره– فغیر وجیه، لأنّ الحلّ فی قبال الشد یتعدی بنفسه، بخلاف أحلّ من الحلول، و المراد من دلاله الآیه بالمطابقه فی کلامه و جعله محل التأمل هذا الوجه، الذی مرجعه إلی إراده الوضع من الحلیه دون التکلیف.

۲– لسان العرب، ج ۱۱، ص۱۶۳: حَلَّ بالمکان یَحُلُّ حُلولًا و مَحَلًّا و حَلًّا و حَلَلًا، بفک التضعیف نادر: و ذلک نزول القوم بمَحَلَّه و هو نقیض الارتحال؛ ... و حَلَّه و احْتَلَّ به و احْتَلَّه: نزل به. اللیث: الحَلُّ الحُلول و النزول.

۳– مصباح الفقاهه، ج ۲، ص۹۵: و قد ذکر بعض مشایخنا المحققین: ... و یرد علیه: أن أحل من الحلول و إن وقع فی الاستعمالات العرفیه الصحیحه الفصیحه، بل فی الکتاب المجید إلا أن هذا المعنی لا یناسب الحل بمعنی الإطلاق و الإرسال الذی ورد فی الآیات التی تقدمت الإشاره إلیها قریبا. و ورد أیضا فی استعمالات أهل العرف و اللغه کثیرا. و تتأکد إراده هذا المعنی الثانی فیما إذا استعمل لفظ الحل فی مقابل کلمه التحریم، کما فی قوله (تعالی) (وَ أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبا) و وجه التأکد: أن الحل إذا أخذ بمعنی الحلول کان مقابله الإزاله، لا التحریم.

«حرمت» و «تحریم». به خلاف «احلّ» به معنای «ارسال» و «رها کردن» که در مقابل «بازداشتن»، «ممنوع کردن» بوده و با «تحریم» سازگار است].(۱)

ج) کلام در اطلاق کریمه ی (أَحَلَّ اللهُ البَیعَ)

بعد از روشن شدن معنای «بیع» و «حلّیت» و دلالت (أَحَلَّ اللهُ البَیعَ) بر حلّیت وضعی و تکلیفی هر دو، محور سوم بحث پیرامون آیه ی شریفه مطرح می شود که آیا اطلاق دارد یا خیر؟ اگر کریمه اطلاق داشته باشد در ما نحن فیه مفید خواهد بود، امّا اگر اطلاق نداشته باشد فقط به قدر متیقن می توان اخذ کرد و دیگر نمی توان در تصحیح بیوع مشکوک از جمله معاطات به آن تمسّک کرد.

مشهور، از خلاف(۲) شیخ طوسی - رحمه الله علیه - گرفته تا آخرین کتاب هایی که در فقه نوشته شده قائل به اطلاق هستند و کثیراًما به إطلاق (أَحَلَّ اللهُ البَیعَ) تمسّک می کنند، امّا بعضی گفته اند: آیه ی شریفه در مقام بیان نیست و نمی توان در موارد مشکوک به آن تمسّک کرد.

از جمله أعلامی که در این زمینه مفصل و خوب وارد بحث شده اند مرحوم امام قدس سره -

---

۱- ولی اشکال محقق اصفهانی قدس سره - بی پاسخ ماند که اگر «أحلّ» از «حلّ العقد» بوده و به معنای باز کردن و ارسال باشد ثلاثی مجرد آن خود متعدی می باشد و لازم نیست به باب «إفعال» برده شود، به خلاف «أحلّ» به معنای «انزل» که ثلاثی مجرد آن متعدی نیست. به هر حال نتیجه ی کلام محقق اصفهانی و سید خویی قدس سرهما - یکی است و آیه ی شریفه دالّ بر حلّیت وضعی و تکلیفی هر دو می باشد. (امیرخانی)

۲- الخلاف، ج ۲، ص۱۱۶: مسأله ۱۳۷: یکره للإنسان أن یشتری ما أخرجه فی الصدقه، و لیس بمحظور. و به قال أبو حنیفه و الشافعی. و قال مالک: البیع مفسوخ. دلیلنا: قوله تعالی «وَ أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبا» و هذا بیع، فمن ادعی فسخه، فعلیه الدلاله.

است. ایشان ابتدا دو اشکال بر این که آیه ی شریفه إطلاق داشته باشد وارد می کنند:

دو اشکال مرحوم امام قدس سره – بر اطلاق آیه ی شریفه

اشکال اوّل: کریمه در صدد نفی تسویه بین بیع و رباست

در صورتی می توان در موارد مشکوک به اطلاق تمسّک کرد که متکلّم از آن حیث در مقام بیان باشد، لذا اگر کلامی از حیثی در مقام بیان باشد و از حیثی در مقام بیان نباشد، فقط از آن حیث که در مقام بیان است می توان به اطلاق تمسّک کرد. به همین خاطر در آیه ی شریفه ی (فَکُلُوا مِمَّا أَمْسَکْنَ عَلَیْکُمْ)(۱) نمی توان به اطلاق تمسّک کرد و گفت: شکاری که کلب معلَّم می گیرد طاهر بوده و احتیاج به آب کشیدن محل گاز گرفتن کلب ندارد؛ چراکه آیه ی شریفه فقط از حیث تذکیه و عدم تذکیه در مقام بیان است و از حیث طهارت و نجاست در مقام بیان نیست.

مرحوم امام قدس سره – می فرماید(۲): کریمه ی (أَحَلَّ اللهُ البَیعَ) در مقام تشریع حلّیت بیع و حرمت ربا نیست، بلکه در صدد نفی تسویه بین بیع و رباست در قبال کسانی که تسویه قائل شدند و گفتند: (إِنَّمَا الْبَیْعُ مِثْلُ الرِّبا). بنابراین آیه ی شریفه در مقام بیان مطلب دیگری است و در مقام تشریع حلّیت بیع و حرمت ربا نیست تا بتوان در موارد مشکوک به اطلاق آن تمسّک کرد.

۱- سوره ی مبارکه ی مائده، آیه ی ۴.

۲- کتاب البیع (للإمام الخمینی)، ج ۱، ص۹۵: ثمّ إنّ فی إطلاق الآیه الکریمه إشکالًا: أمّا أوّلًا: فلأنّ الظاهر أنّها لیست فی مقام حلّیه البیع و حرمه الربا، بل بصدد بیان نفی التسویه بینهما فی قبال من قال إِنَّمَا الْبَیْعُ مِثْلُ الرِّبا فتکون فی مقام بیان حکم آخر، فلا إطلاق فیها یدفع به الشکّ عن الأسباب المحتمله و غیرها.

اشکال دوم: کریمه در مقام إخبار از حکم سابق است

مرحوم امام قدس سره - در اشکال دوم می فرماید(۱): ظاهر آیه ی مبارکه آن است که در مقام إخبار از حکم شرعی تشریع شده در سابق است؛ نه در مقام إنشاء فعلی حلّیت بیع و حرمت ربا. حلّیت بیع و حرمت ربا در سابق با آیات دیگر یا روایات تشریع شده بود و این کریمه در مقام حکایت و إخبار از آن است؛ زیرا عِتاب تندی که به ربا خواران شده که (الَّذینَ یَأْکُلُونَ الرِّبا لا یَقُومُونَ إِلَّا کَما یَقُومُ الَّذی یَتَخَبَّطُهُ الشَّیْطانُ مِنَ الْمَسِّ) این مناسبت با تشریع بالفعل حرمت ربا و حلّیت بیع ندارد، بلکه با این سازگار است که قبلاً تشریع شده بود و علی رغم

۱- همان: و أمّا ثانیاً: فلأنّ الظاهر من الآیه أنّ قوله وَ أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ. إلی آخره، إخبار عن حکم شرعی سابق، لا إنشاء فعلی للحلّ و الحرمه؛ بقرینه قوله الَّذِینَ یَأْکُلُونَ الرِّبا لا یَقُومُونَ إِلّا کَما یَقُومُ الَّذِی یَتَخَبَّطُهُ الشَّیْطانُ مِنَ الْمَسِّ ذلِکَ بِأَنَّهُمْ قالُوا إِنَّمَا الْبَیْعُ مِثْلُ الرِّبا. فلا بدّ و أن یکون حکم البیع و الربا مسبوقاً بالجعل، حتّی یتوجّه علی القائل بالتسویه التعییر و التوعید. مضافاً إلی أنّ قولهم بالتسویه ظاهر فی مسبوقیّه سلبها، لا کلام ابتدائی، فظاهر الآیه و العلم عنده تعالی الذین یأکلون الربا لا یقومون إلّا کذا، و ذلک لأجل قولهم مخالفاً لقوله تعالی إِنَّمَا الْبَیْعُ مِثْلُ الرِّبا مع أنّ اللّه تعالی کان أحلّ البیع و حرّم الربا، فقولهم بما أنّه فی قبال حکم اللّه تعالی، صار موجباً للعذاب و العقاب الأُخروی. فعلیه لا تکون الآیه بصدد بیان الحلّ و الحرمه، بل بصدد الإخبار عن حلّیهٍ و حرمهٍ سابقتین. و لعلّها کانتا بلسان رسول اللّه (صلّی اللّه علیه و آله و سلّم). أو لعلّهما مستفادتان من نحو قوله تعالی أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و تِجارَهً عَنْ تَراضٍ بضمیمه بعض آیات تحریم الربا المخصصه له. و لعلّها کانتا متقدّمتین فی النزول علی قوله وَ أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ. إلی آخره، و إن کانت آیه وجوب الوفاء فی «المائده»، التی یقال: إنّها أخیره السور نزولًا لعدم ثبوت کونها بجمیع آیاتها کذلک، و لو سلّم- کما یظهر من بعض الروایات ففیما عداها کفایه. و بالجمله: لا یصحّ التمسّک بإطلاق الآیه؛ لاحتمال أن یکون الحکم المجعول سابقاً بنحو خاصّ، و کأنّ القائل بالتسویه ادّعی التسویه بین المجعولین، فلا یظهر حال المجعول؛ هل هو مطلق، أو مقیّد؟

تشریع و بلکه تأکید بر آن در سابق، باز عده ای اقدام به اکل ربا می کردند.

علاوه آن که قول ربا خواران که می گفتند (إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبا) به این خاطر بود که می دانستند اسلام ربا را حرام و بیع را حلال کرده و به آن اعتراض می کردند و الا اگر قبلاً این اتفاق نیفتاده بود دلیلی نداشت آن را بگویند. إخبار از قول آنان در آینده نیز نیست؛ چراکه با فعل ماضی «قالوا» از آن إخبار می کند.

بنابراین آیه ی شریفه چون در مقام حکایت است؛ نه إنشاء، اطلاقی ندارد تا در موارد مشکوک بتوان به آن تمسّک کرد، بلکه باید به محکی آن نگاه کرد که آیا به نحو إطلاق، حلّیت بیع و حرمت ربا إنشاء شده یا مقیداً، و از آن جا که آن را نمی دانیم نمی توانیم به اطلاق آن تمسّک کنیم.

پاسخ امام قدس سره – به هر دو اشکال

امام قدس سره – خودشان متصدی پاسخ(۱) به هر دو اشکال می شوند و می فرمایند: ظاهر

۱– همان، ص۹۶: و یمکن دفعهما: بأنّ قوله تعالی ذلِکَ بِأَنَّهُمْ قالُوا. إلی آخره، إخبار عن قولهم، فلا بدّ و أن یکون قولهم: «البیع کالربا» من غیر تقیید؛ صوناً لکلامه تعالی عن الکذب، فیظهر منه أنّهم فی مقام بیان تسویه مطلق البیع غیر الربوی لمطلق البیع الربوی، أو مطلق نتیجه الأوّل للثانی علی الاحتمالین المتقدّمین. فحینئذٍ یکون إخبار اللّه تعالی بأنّ اللّه أحلّ البیع و حرّم الربا موافقاً لقولهم موضوعاً؛ أی یکون الموضوع فی قوله وَ أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ هو الموضوع لقولهم إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبا فیکون إخباراً بتحلیله مطلق البیع، و تحریمه مطلق الربا. و بعباره اخری: إنّ قولهم الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبا ثابت بحکایه اللّه تعالی؛ إذ کان بصدد بیان حکایه قولهم، و لا یعقل تخلّف حکایته عن قولهم إطلاقاً و تقییداً، و قولهم بنحو الإطلاق کاشف عن کونه مرادهم بالطریق العقلائی، فیثبت أنّهم ادّعوا مماثله مطلق البیعین، و أخبر اللّه تعالی بأنّه أحلّ البیع الذی قالوا إنّه مماثل للربا، و حرّم الربا، فالإخبار بنحو الإطلاق بالقرینه المتقدّمه حاکٍ عن تحلیله مطلق البیع، و تحریمه مطلق الربا، فتأمّل. لا یقال: لو کان إخباراً لما أمکنت مطابقته للواقع؛ لأنّ غیر البیع الربوی لا یکون حلالًا مطلقاً، کبیع الغرر، و المنابذه، و الملامسه و غیرها. فإنّه یقال: مضافاً إلی إمکان أن یکون هذا الإخبار قبل ورود تحریم تلک البیوع، و کأنّ البیع قبله علی قسمین: صحیح محلّل هو غیر الربوی، و فاسد محرّم هو الربوی أنّه إخبار علی فرضه عن التحلیل القانونی، و لا یلزم أن یکون إخباراً عنه بمخصّصاته و مقیّداته، کما أنّ إخبارات الأئمه– علیهم السلام – و فتاویهم یمکن أن تکون کذلک، أو لمصالح هم أعلم بها، لعلّ منها فتح باب الاجتهاد الذی به بقاء الدین القویم. • کتاب البیع (تقریرات، للخرم آبادی)، ص۱۱۶: و الجواب عن الکلّ: أنّها حکت مقاله هؤلاء: إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبا و الشرط فی الحکایه أن تکون مطابقه، و إلّا کانت کذباً، فلو أنّهم أرادوا بیعاً ما من البیوع، لدلّ علیه فی الحکایه، و حیث قد خلت عن القید و أرسلته إرسالًا، علم أنّهم أرادوا مطلق ما ینطبق علیه لفظه «البیع» ثمّ رتّب سبحانه علی هذا المطلق الحلّیه فقال: وَ أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ؛ أی ذلک المذکور فی کلامهم، فیفید هذا الکلام– و هو فی مقام الإخبار– مقام الإطلاق أبلغ ممّا یفیده و هو فی مقام الإنشاء؛ لاقتضاء الصیانه عن الکذب له فی المقام.

عبارتی که خداونـد متعال از آکلین ربا نقل می کنـد که گفتنـد (إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبا) این کلام إطلاق دارد؛ یعنی علی الإطلاق بیع را مثل ربا می دانستند و مرادشان این بود همان طور که بیع مطلقاً بدون مانع است، ربا نیز مطلقاً بدون مانع است؛ چون مثل هم هستند.

بنـابراین چون کلام آکلین ربا اطلاق دارد پس (أَحَلَّ اللهُ البَيعَ وَ حَرَّمَ الرّبا) نیز که در مقام پاسخ به کلام آنان وارد شـده صوناً لکلامه تعالی عن الکـذب و حفظاً لسیاق کلامهم اطلاق دارد و به این معناست: آنان که گفتنـد هر بیعی مثل رباست درست نیست، بلکه خداوند بیع را مطلقاً حلال کرده و ربا را که علی الاطلاق می گفتند مثل بیع می باشد حرام کرده است.

پس (أَحَلَّ اللهُ البَيعَ وَ حَرَّمَ الرّبـا) بـا این که حکـایت از إنشاء سابق می کنـد، ولی چون در مقام پاسـخ به کلام آکلین رباسـت اطلاق دارد؛ زیرا کلام آکلین ربا به نحو مطلق است.

نقد پاسخ و تثبیت دو اشکال سابق از جانب امام قدس سره –

مرحوم امام قدس سره – بعد از پاسخ به دو اشکال سابق، در نهایت می فرمایند: «فتأمّل» [و در حاشیه ی کتاب البیع دو اشکال بر این پاسخ ذکر می کنند(۱)]:

اشکال اوّل: قول آکلین ربا که گفتند (إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبا) در مقام بیان تسویه بین بیع و ربا بوده و اطلاق ندارد؛ زیرا بیش از این استفاده نمی شود که آنان می خواستند بگویند: آن بیعی که اسلام حلال کرده با آن ربایی که حرام کرده یکی است؛ نه این که هر بیعی مانند ربا باشد.

اشکال دوم: آیه ی شریفه از صدر تا ذیل در مقام بیان حرمت رباست هر چند در مقام حکایت از تشریع سابق و تشدید امر بر ربا خواران و در مقام بیان حلّیت بیع نیست. بنابراین اگر إطلاقی هم داشته باشد از حیث حرمت رباست؛ نه از حیث حلّیت بیع که ضمناً مورد تذکّر قرار گرفته است. پس نمی توان به اطلاق کریمه در موارد مشکوک تمسّک کرد.

ولی به نظر می آید اشکال اوّل قابل پاسخ باشد؛ زیرا آنان که می گفتند (إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبا) ظاهر آن است طبیعت بیع را که ساری در تمام افراد آن است می گفتند مثل طبیعت ساری در ربا می باشد و مشاکل قول آنان خداوند متعال می فرماید: (وَ أَحَلَّ اللهُ البَيعَ وَ حَرَّمَ الرِّبا).

و از این جا پاسخ اشکال دوم نیز معلوم می شود که گرچه صدر و ذیل آیه ی

۱- کتاب البیع (للإمام الخمینی)، ج ۱، ص۹۷: وجهه أنّ قولهم: إنّ البیع مثل الربا أیضاً فی مقام بیان التسویه، فلا إطلاق له، مع إمکان أن یقال: إنّ الظاهر من الآیه صدراً و ذیلًا أنّها بصدد بیان تحریم الربا لا تحلیل البیع، لأنّ تحلیله لم یکن محطّ کلامهم، فلا إطلاق فیه من هذه الجهه [منه (قدّس سرّه)].

مبارکه در مقام حرمت رباست، ولی تنافی ندارد (أحَلَّ اللهُ البَیعَ) نیز در مقام بیان حلّیت بیع باشد.

پاسخ بعض المشایخ – رحمه الله علیه – به دو اشکال امام قدس سره –

بعض مشایخ(۱) ما – رحمه الله علیه – فرمایشات امام قدس سره – را به طور خلاصه نقل و سپس این طور

۱- إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۲، ص۳۵: و لکن قد یقال: انه لا إطلاق فی الآیه حتی یتمسک بها لصحه بیع المعاطاه و نفوذه، لان الظاهر من صدر الآیه و ذیلها أنها وارده فی مقام بیان حکم آخر و هو نفی التسویه بین الربا و البیع. هذا مع ان الحکم بحل البیع و حرمه الربا قد ثبت فی الشرع من قبل و اعترض علیه بأنه لا فرق بینهما و ان البیع مثل الربا فهذه الآیه فی مقام نفی التسویه و إثبات الفرق بینهما، بان اللّه أحل أحدهما و حرم الآخر فلا بد من ملاحظه الإطلاق و التقیید فی ذلک التحلیل أو التحریم الصادرین من قبل و لو بقول رسول اللّه۹. ثم وجه هذا القائل الجلیل التمسک بالإطلاق بدعوی ان الاعتراض کان بنحو العموم یعنی مماثله مطلق البیع لمطلق الربا حیث لو کان الاعتراض بان بعض البیوع أو البیع بقید خاص مثل الربا لکان اللازم الحکایه بمثل ما قالوا لتخرج الحکایه عن الکذب و إذا کان مقتضی الحکایه هی دعواهم مماثله جمیع البیع فبیان الفرق بذکر الحل له و الحرمه للربا بمنزله إثبات الحکم لجمیع أفرادهما. (أقول) لو کانت الآیه وارده لنفی التسویه علی ما ذکر و سلم ان الاعتراض کان بنحو العموم بمعنی مماثله جمیع البیع لجمیع الربا، لکان اللازم ان یکون هذا الإطلاق مرادا من قوله (قالُوا إِنَّمَا الْبَیْعُ مِثْلُ الرِّبا) لا من قوله (أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبا) بالإضافه إلی حکم الحل فإنه لو کانت الحلیه ثابته للبیع بقید لما کان ایضا بین البیع و الربا تسویه، و المفروض ان الآیه لیست فی مقام البیان من جهتها. و لکن أصل المناقشه ضعیفه، فإنه لا دلاله فی الآیه علی صدور خطاب التحریم أو التحلیل من قبل، کما لا دلاله فیها علی ورودها للتعرض للتسویه الموهومه بعد صدور خطاب تحلیل البیع و تحریم الربا، فان نقل قولهم انما البیع مثل الربا حکایه عن معتقدهم، و الداعی إلی ارتکابهم لا عن لفظهم بعد صدور ذلک الخطاب و الأصل فی قوله (وَ أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبا) کما هو ظاهر کل خطاب متضمن للحکم و موضوعه وروده فی بیان الحلیه و موضوعها، غایه الأمر یستفاد منه ایضا فساد اعتقادهم. و قوله سبحانه (الَّذِینَ یَأْکُلُونَ الرِّبا) حکایه عن الجزاء علی آکل الربا بعد تمام الحجه علیه، حتی لو کان تمامها بوصول هذه الآیه المبارکه و أکله لزعم التسویه أو عدم زعمها، و لیست اخبارا عن الجزاء علی من کان آکلا قبل نزولها کما لا یخفی.

نقد کرده که آیه ی شریفه دلالت ندارد تحلیل بیع و تحریم ربا قبلاً إنشاء شده و الان در مقام حکایت از آن است و نیز دلالت ندارد در مقام نفی تسویه بین ربا و بیع می باشد، بلکه در مقام حکایت از آن است که آکل ربا بعد از قیام حجت بر وی چنین جزایی دارد که قیامش قیام شخص مُخبّط است و فرقی نمی کند که قیام حجت بر حرمت ربا با این کریمه حاصل شده باشد یا قبلاً تشریع شده باشد. پس آیه ی شریفه به نحو قضیه ی حقیقیه بیان می کند که (الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لاَ يَقُومُونَ إِلاَّ كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ).

امّا در ذیل که می فرماید (ذلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا) حکایت از آن نیست که آکلین ربا چنین سخنی را حتماً به زبان آورده اند، بلکه حکایت از [اعتقاد آنان و] زبان حالشان است(۱) و عقابی هم که دارند به خاطر أکل رباست؛ نه به خاطر این قول؛ چراکه ممکن است اصلاً چنین سخنی به زبان نیاورده باشند.

و مطلبی را ما اضافه می کنیم و آن این که ممکن است کسی بگوید: اگر عقاب به خاطر أکل ربا باشد نه به خاطر آن قول، پس در انتهای کریمه نیز که می فرماید: (وَ مَنْ عَادَ فَأُولئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ) مراد عود به أکل رباست؛ نه عود به آن قول و لازمه اش آن است که حتی اگر مسلمانی بعد از شنیدن این کریمه أکل ربا کند خلود در آتش خواهد داشت، در حالی که معروف است خلود در جهنم مخصوص غیر مسلمان بوده و مسلمان حتی اگر مرتکب کبیره شود خلود در جهنم نخواهد داشت.

۱- کما این که بعضی مفسرین نیز گفته اند: • المیزان فی تفسیر القرآن، ج ۲، ص۴۱۵: و الظاهر أن قوله تعالی: ذلِكَ بِأَنَّهُمْ قالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبا حكايه لحالهم الناطق بذلك و إن لم يكونوا قالوا ذلك بألسنتهم، و هذا السياق أعنى حكايه الحال بالقول، معروف عند الناس.

پاسخی که بر این اشکال از جانب بعض مشایخ قدس سره - می توان داد این است که از ظاهر بعض آیات استفاده می شود که اگر مسلمان نیز مرتکب بعضی گناهان شود خلود در جهنم خواهد داشت، مانند این کریمه که می فرماید: (وَ مَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِناً مُتَعَمِّداً فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِداً فِيهَا وَ غَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَ لَعَنَهُ وَ أَعَدَّ لَهُ عَذَاباً عَظِيماً)(۱)؛ یعنی قتل مؤمن جزایش خلود در جهنم است.

پس خلاصه ی کلام بعض المشایخ این شد که آیه ی شریفه نه در مقام حکایت از تشریع سابق است و نه در مقام نفی تسویه البته نفی تسویه فی الجمله از کریمه استفاده می شود، امّا در ضمن؛ نه این که در صدد بیان آن باشد و نه این که عقاب مذکور به خاطر قولشان (إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا) است.

بنابراین آیه ی شریفه مثل هر جمله ی دیگری که مشتمل بر موضوع و محمول است و اصل آن است که متکلم در مقام بیان می باشد دارای اطلاق بوده و در موارد مشکوک می توان به آن تمسّک کرد.

نقد کلام بعض المشایخ قدس سره -

همان طور که قبلاً توضیح دادیم ظاهر کریمه حکایت از تشریع حرمت ربا در سابق است؛ زیرا با دقت در صدر آیه که می فرماید: (الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لاَ يَقُومُونَ إِلاَّ كَمَا يَقُومُ الَّذِى يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا) معلوم می شود خداوند متعال کسانی را که در سابق حجت بر آنان تمام شده ولی عناد می ورزند تخطئه می کند، [نه این که به نحو قضیه ی حقیقیه بیان کند کسی که أکل ربا کند چنین جزایی به دنبال خواهد داشت] و این که با فعل مضارع بیان کرده نه ماضی، به خاطر استمرارشان بر أکل ربا و اصرارشان بر فعل حرام بوده

۱- سوره ی مبارکه ی نساء، آیه ی ۹۳.

است، ولی قولشان که (إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا) چون استمرار نداشته و معلوم نیست زمان نزول آیه مشغول گفتن آن بوده باشند آن را به صورت ماضی بیان فرموده است: (ذلِکَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا).

و امّا این که در مورد (إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا) فرمودند: این زبان حال آنان بوده؛ نه این که به زبان جاری کرده باشند، بعیدٌ غایته! به چه دلیل بگوییم این زبان حال است در حالی که ظاهر قوی غیر قابل مناقشه آن است که این سخن را بر زبان جاری کرده اند؟! خداوند متعال نیز بیشتر به خاطر این حرفشان آنان را توبیخ می کند و خلود در آتش نیز به خاطر این قولشان است کما سنذکر عن قریبٍ إن شاء الله.

مراد از (وَ مَنْ عَادَ) در آیه ی شریفه کیست؟

در این که مراد از (وَ مَنْ عَادَ) در انتهای کریمه که می فرماید: (فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَ أَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَ مَنْ عَادَ فَأُولئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ) کیست که عقاب خلود در آتش را دارد، اختلاف وجود دارد مراد آکلین رباست یا کسانی که از قولشان (إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا) دست بر نمی دارند؟

از کلام مرحوم امام قدس سره – استفاده می شود(۱) که عقاب خلود [و نیز اصل عقاب اخروی] به خاطر قولشان است. ولی از کلام بعض المشایخ قدس سره – استفاده شد(۲) که

۱- کتاب البیع (للإمام الخمینی)، ج ۱، ص۹۶: فظاهر الآیه و العلم عنده تعالی الذین یأکلون الربا لا یقومون إلّا کذا، و ذلک لأجل قولهم مخالفاً لقوله تعالی إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبا مع أنّ اللّه تعالی کان أحلّ البیع و حرّم الربا، فقولهم بما أنّه فی قبال حکم اللّه تعالی، صار موجباً للعذاب و العقاب الأُخروی.

۲- إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۲، ص۳۵: و قوله سبحانه (الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبا.) حکایه عن الجزاء علی آکل الربا بعد تمام الحجه علیه، حتی لو کان تمامها بوصول هذه الآیه المبارکه و أکله لزعم التسویه أو عدم زعمها، و لیست اخبارا عن الجزاء علی من کان آکلا قبل نزولها کما لا یخفی.

خلود در آتش به خاطر أكل رباست.

همان طور كه بيان كرديم لازمه ی قول به اين كه خلود در آتش به خاطر أكل رباست آن است كه اگر مسلمان نيز أكل ربا كرد خلود در آتش خواهد داشت در حالی كه معروف آن است كه خلود در آتش اختصاص به غير مسلمان داشته و مسلمان گرچه هزاران سال در جهنّم بماند عاقبت نجات خواهد يافت. به همين خاطر [مشهور مفسّران(۱)] قائل شده اند خلود در آتش به خاطر قولشان (إِنَّمَا الْبَيْعُ

۱- مشهور مفسّران شيعه و سنی قائل شده اند خلود در آتش به خاطر قولشان بوده كه نشان از كفرشان دارد: • التبيان فی تفسير القرآن، ج ۲، ص۳۶۲: و معنى الآيه و من عاد لأكل الربا بعد التحريم. و قال ما كان يقوله قبل مجی ء الموعظه من أن البيع مثل الربا «فَأُولئِكَ أَصْحابُ النَّارِ هُمْ فِيها خالِدُونَ» لأن ذلك لا يصدر إلا من كافر، لأن مستحل الربا كافر بالإجماع فلذلك توعده بعذاب الأبد. و الخلود و الوعيد فی الآيه يتوجه إلى من أربى، و إن لم يأكله و إنما ذكر اللّٰه الذين يأكلون الربا لأنها نزلت فی قوم كانوا يأكلونه، فوصفهم بصفتهم و حكمها سائر فی جميع من أربى. • مجمع البيان فی تفسير القرآن، ج ۲، ص۶۷۱ : «وَ مَنْ عادَ» إلى أكل الربا بعد التحريم و قال ما كان يقوله قبل مجی ء الموعظه من أن البيع مثل الربا «فَأُولئِكَ أَصْحابُ النَّارِ هُمْ فِيها خالِدُونَ» لأن ذلك القول لا يصدر إلا من كافر مستحل للربا فلهذا توعد بعذاب الأبد. • فقه القرآن فی شرح آيات الأحكام (للراوندی)، ج ۲، ص۴۷: وَ مَنْ عادَ لأكل الربا بعد التحريم فَأُولئِكَ أَصْحابُ النَّارِ لأن ذلك لا يصدر إلا عن كافر لأن مستحل الربا كافر بالإجماع. • تفسير الصافی، ج ۱، ص۳۰۲: وَ مَنْ عادَ إلى تحليل الرّبا و الاستخفاف به بعد أن تبين له تحريمه فَأُولئِكَ أَصْحابُ النَّارِ هُمْ فِيها خالِدُونَ. فی الكافی عن الصادق عليه السلام انه سئل عن الرجل يأكل الربوا و هو يرى أنه حلال قال لا يضره حتى يصيبه متعمّداً فإذا أصابه متعمّداً فهو بالمنزله التی قال اللّٰه عز و جل. و فی الفقيه و العيون عن الرضا عليه السلام و هی كبيره بعد البيان قال و الاستخفاف بذلك دخول فی الكفر. • زبده البيان فی أحكام القرآن (للمقدس الاردبيلی)، ص۴۳۱: «وَ مَنْ عادَ» أی إلى أكل الربا إذ الكلام فيه، و الظاهر أنّه ليس فی مقابل قوله «فَانْتَهى» إذ حاصله حينئذ أنّ الّذی جاءه النهی فانتهی أی قبل النهی و اعتقد تحريمه، فله كذا و إن لم يقبل فكذا، و لا يناسب لفظ العود حينئذ بل هو جمله عطفت على جمله فمن جاءه إلخ، فكأنّه قال: الّذين يأكلون الربا و يقولون إنّه حلال ثمّ يعودون إلخ و يمكن أن يكون المراد بالعود الرجوع إلى أكل الربا، و عدم قبول تحريمه، و حينئذ لا مسامحه فی الحصر الإضافیّ و خلودهم، لأنّ الّذی يعتقد تحليل ما حرّم اللّٰه بعد علمه بأنّه [حرام] من اللّٰه كافر و مخلّد، فلا دلاله فيه على أنّ الفسّاق مخلّدون كما ذهب إليه المعتزله، و قال صاحب الكشّاف: هذا دليل بيّن عليه، نعم إن كان المراد العود إلى فعل الربا بعد الترك، فحينئذ تكون ظاهره فيما قاله الكشّاف فی الجمله، و يمكن التأويل بالحمل على المبالغه و المكث الطويل كما قالوا فی «مَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِناً مُتَعَمِّداً» و غيره، لما ثبت من عدم خلود المؤمن فی النار بالعقل و النقل. • الميزان فی تفسير القرآن، ج ۲، ص۴۱۸: و أما قوله: وَ مَنْ عادَ فَأُولئِكَ أَصْحابُ النَّارِ هُمْ فِيها خالِدُونَ، فوقوع العود فی هذه الجمله فی مقابل الانتهاء الواقع فی الجمله السابقه يدل على أن المراد به العود الذی يجامع عدم الانتهاء، و يلازم ذلك الإصرار على الذنب و عدم القبول للحكم و هذا هو الكفر أو الرده باطنا و لو لم يتلفظ فی لسانه بما يدل على ذلك، فإن من عاد إلى ذنب و لم ينته عنه و لو بالندم فهو غير مسلم للحكم تحقيقا و لا يفلح أبدا. فالترديد

فى الآيه بحسب الحقيقه بين تسليم الحكم الذى لا يخلو عن البناء على عدم المخالفه و بين الإصرار الذى لا يخلو غالبا عن عدم التسليم المستوجب للخلود على ما عرفت. و من هنا يظهر الجواب عن استدلال المعتزله بالآيه على خلود مرتكب الكبيره فى العذاب. فإن الآيه و إن دلت على خلود مرتكب الكبيره بل مطلق من اقترف المعصيه فى العذاب لكن دلالتها مقصوره على الارتكاب مع عدم تسليم الحكم و لا محذور فيه. • مفاتيح الغيب، ج ۷، ص۷۷: المسأله الثانيه: ظاهر قوله تعالى: ذٰلِكَ بِأَنَّهُمْ قالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبا يدل على أن الوعيد إنما يحصل باستحلالهم الربا دون الإقدام عليه، و أكله مع التحريم، و على هذا التقدير لا يثبت بهذه الآيه كون الربا من الكبائر. فإن قيل: مقدمه الآيه تدل على أن قيامهم يوم القيامه متخبطين كان بسبب أنهم أكلوا الربا. قلنا: إن قوله ذٰلِكَ بِأَنَّهُمْ قالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبا صريح فى أن العله لذلك التخبط هو هذا القول و الاعتقاد فقط، و عند هذا يجب تأويل مقدمه الآيه، و قد بينا أنه ليس المراد من الأكل نفس الأكل، و ذكرنا عليه وجوها من الدلائل، فأنتم حملتموه على التصرف فى الربا، و نحن نحمله على استحلال الربا و استطابته، و ذلك لأن الأكل قد يعبر به عن الاستحلال، يقال: فلان يأكل مال اللّه قضما خصما، أى يستحل التصرف فيه، و إذا حملنا الأكل على الاستحلال، صارت مقدمه الآيه مطابقه لمؤخرتها، فهذا ما يدل عليه لفظ الآيه، إلا أن جمهور المفسرين حملوا الآيه على وعيد من يتصرف فى مال الربا، لا على وعيد من يستحل هذا العقد ... و أما مؤخره الآيه فقوله وَ مَنْ عادَ فَأُولٰئِكَ أَصْحابُ النّارِ هُمْ فِيها خالِدُونَ و معناه: عاد إلى الكلام المتقدم، و هو استحلال الربا وَ أَمْرُهُ إِلَى اللّٰهِ ثم هذا الإنسان إما أن يقال: إنه كما انتهى عن استحلال الربا انتهى أيضا عن أكل الربا، أو ليس كذلك، فإن كان الأول كان هذا الشخص مقرا بدين اللّه عالما بتكليف اللّه، فحينئذ يستحق المدح و التعظيم و الإكرام، لكن قوله وَ أَمْرُهُ إِلَى اللّٰهِ ليس كذلك لأنه يفيد أنه تعالى إن شاء عذبه و إن شاء غفر له، فثبت أن هذه الآيه لا تليق بالكافر و لا بالمؤمن المطيع، فلم يبق إلا أن يكون مختصا بمن أقر بحرمه الربا ثم أكل الربا فههنا أمره للّه إن شاء عذبه و إن شاء غفر له و هو كقوله إِنَّ اللّٰهَ لا يَغْفِرُ أَنْ يُشْرَكَ بِهِ وَ يَغْفِرُ ما دُونَ ذٰلِكَ لِمَنْ يَشاءُ فيكون ذلك دليلا ظاهرا على صحه قولنا أن العفو من اللّه مرجو. أما قوله وَ مَنْ عادَ فَأُولٰئِكَ أَصْحابُ النّارِ هُمْ فِيها خالِدُونَ فالمعنى: و من عاد إلى استحلال الربا حتى يصير كافرا. و اعلم أن قوله فَأُولٰئِكَ أَصْحابُ النّارِ هُمْ فِيها خالِدُونَ دليل قاطع فى أن الخلود لا يكون إلا للكافر لأن قوله فَأُولٰئِكَ أَصْحابُ النّارِ يفيد الحصر فيمن عاد إلى قول الكافر و كذلك قوله هُمْ فِيها خالِدُونَ يفيد الحصر، و هذا يدل على أن كونه صاحب النار، و كونه خالدا فى النار لا يحصل إلا فى الكفار أقصى ما فى الباب أنا خالفنا هذا الظاهر و أدخلنا سائر الكفار فيه، لكنه يبقى على ظاهره فى صاحب الكبيره فتأمل فى هذه المواضع، و ذلك أن مذهبنا أن صاحب الكبيره إذا كان مؤمنا باللّه و رسوله يجوز فى حقه أن يعفو اللّه عنه، و يجوز أن يعاقبه اللّه و أمره فى البابين موكل إلى اللّه، ثم بتقدير أن يعاقبه اللّه فإنه لا يخلد فى النار بل يخرجه منها، و اللّه تعالى بيّن صحه هذا المذهب فى هذه الآيات بقوله وَ أَمْرُهُ إِلَى اللّٰهِ على جواز العفو فى حق صاحب الكبيره على ما بيناه. ثم قوله فَأُولٰئِكَ أَصْحابُ النّارِ هُمْ فِيها خالِدُونَ يدل على أن بتقدير أن يدخله اللّه النار لكنه لا يخلده فيها لأن الخلود مختص بالكفار لا بأهل الإيمان، و هذا بيان شريف و تفسير حسن. • روح المعانى فى تفسير القرآن العظيم (للآلوسى)، ج ۲، ص۴۹ : وَ مَنْ عادَ أى رجع إلى ما سلف ذكره من فعل الربا و اعتقاد جوازه و الاحتجاج عليه بقياسه على البيع فَأُولٰئِكَ إشاره إلى- من عاد- و الجمع باعتبار المعنى أَصْحابُ النّارِ أى ملازموها هُمْ فِيها خالِدُونَ أى ماكثون أبدا لكفرهم، و الجمله مقرره لما قبلها و جعل الزمخشرى متعلق- عاد- الربا فاستدل بالآيه على تخليد مرتكب الكبيره و على ما ذكرنا- و هو التفسير المأثور- لا يبقى للاستدلال بها مساغ، و اعترض بأن الخلود لو جعل جزاء للاستحلال بقى جزاء مرتكب الفعل من غير استحلال غير مذكور فى الكلام أصلا لا عباره و لا إشاره مع أنه المقصود الأهم بخلاف ما لو جعل ذلك جزاء الفعل فإن المقصود يكون مذكورا صريحا مع إفادته جزاء الاستحلال و أنه أمر فوق الخلود، و أجيب بأن ما يكفر مستحلّه لا

يكون إلاـ من كبائر المحرمات و جزاؤها معلوم و لذا لم ينبه عليه لظهوره، و قال بعض المحققين فى الجواب: إن جعل ذلك إشاره إلى الأكل كان الجزاء القيام المذكور من القبور إلى الموقف و كفى به نكالا، ثم أخبر أن حاملهم على الأكل كان هذا القول فأشعر الوصف أولا أن الوعيد به ثم ذكر موجب اجترائهم فدل على أنه وعيد كل آكل سواء كان حامله عليه ذلك القول أو لاـ و أما قوله سبحانه: فَمَنْ جاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهى و قوله تعالى: وَ مَنْ عادَ فهو فى القائل المعتقد و إن جعل إشاره إلى القيام المذكور فالجزاء ما يفهم من ضم الفعل إلى القول فإنه لو لم يكن له مدخل فى التعذيب لم يحسن فى معرض الوعيد، و القول بأن المتعلق الربا و الآيه محموله على التغليظ خلاف الظاهر فتدبر. • الجامع لأحكام القرآن (للقرطبى، محمد بن احمد)، ج ۳، ص۳۶۲: قوله تعالى: (وَ- مَنْ عادَ) يعنى إلى فعل ا لربا حتى يموت، قاله سفيان. و- قال غيره: من عاد فقال إنما البيع مثل الربا فقد كفر. قال ابن عطيه: إن قدرنا الآيه فى كافر فالخلود خلود تأبيد حقيقى، و إن لحظناها فى مسلم عاص فهذا خلود مستعار على معنى المبالغه، كما تقول العرب: ملك خالد، عباره عن دوام ما لا يبقى على التأبيد الحقيقى.

مِثْلُ الرِّبَا) است که ردّ قول خداونـد متعـال بوده و باعث سـقوط از درجه ی ایمان می شود. بنابراین اگر مسـلمانی با اعتقاد به حرمت آن، أکل ربا کند خلود در جهنم نخواهد داشت.(۱)

امّا [بعض مفسّرین(۲)] قائل شده اند خلود در آتش به خاطر أکل ربا بوده و اگر

۱- در روایت امام رضا علیه السـلام - نیز می فرماید: • من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص۵۶۵: وَ کَتَبَ عَلِیُّ بْنُ مُوسَی الرِّضَا٨ إِلَی مُحَمَّدِ بْنِ سِنَانٍ فِیمَا کَتَبَ مِنْ جَوَابِ مَسَائِلِهِ: حَرَّمَ اللَّهُ قَتْلَ النَّفْسِ لِعِلَّهِ فَسَادِ الْخَلْقِ فِی تَحْلِیلِهِ لَوْ أَحَلَّ ... وَ عِلَّهُ تَحْرِیمِ الرِّبَا لِمَا نَهَی اللَّهُ عَزَّ وَ جَلَّ عَنْهُ وَ لِمَا فِیهِ مِنْ فَسَادِ الْأَمْوَالِ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ إِذَا اشْتَرَی الدِّرْهَمَ بِالدِّرْهَمَیْنِ کَانَ ثَمَنُ الدِّرْهَمِ دِرْهَماً وَ ثَمَنُ الْآخَرِ بَاطِلًا فَبَیْعُ الرِّبَا وَ شِرَاؤُهُ وَکْسٌ عَلَی کُلِّ حَالٍ عَلَی الْمُشْتَرِی وَ عَلَی الْبَائِعِ فَحَرَّمَ اللَّهُ عَزَّ وَ جَلَّ عَلَی الْعِبَادِ الرِّبَا لِعِلَّهِ فَسَادِ الْأَمْوَالِ کَمَا حَظَرَ عَلَی السَّفِیهِ أَنْ یُدْفَعَ إِلَیْهِ مَالُهُ لِمَا یُتَخَوَّفُ عَلَیْهِ مِنْ إِفْسَادِهِ حَتَّی یُؤْنَسَ مِنْهُ رُشْدُهُ فَلِهَذِهِ الْعِلَّهِ حَرَّمَ اللَّهُ عَزَّ وَ جَلَّ الرِّبَا وَ بَیْعُ الرِّبَا بَیْعُ الدِّرْهَمِ بِالدِّرْهَمَیْنِ وَ عِلَّهُ تَحْرِیمِ الرِّبَا بَعْدَ الْبَیِّنَهِ لِمَا فِیهِ مِنَ الِاسْتِخْفَافِ بِالْحَرَامِ الْمُحَرَّمِ وَ هِیَ کَبِیرَهٌ بَعْدَ الْبَیَانِ وَ تَحْرِیمِ اللَّهِ عَزَّ وَ جَلَّ لَهَا لَمْ یَکُنْ ذَلِکَ مِنْهُ إِلَّا اسْتِخْفَافاً بِالْمُحَرَّمِ الْحَرَامِ وَ الِاسْتِخْفَافُ بِذَلِکَ دُخُولٌ فِی الْکُفْرِ وَ عِلَّهُ تَحْرِیمِ الرِّبَا بِالنَّسِیئَهِ لِعِلَّهِ ذَهَابِ الْمَعْرُوفِ وَ تَلَفِ الْأَمْوَالِ وَ رَغْبَهِ النَّاسِ فِی الرِّبْحِ وَ تَرْکِهِمْ لِلْقَرْضِ وَ الْقَرْضُ صَنَائِعُ الْمَعْرُوفِ وَ لِمَا فِی ذَلِکَ مِنَ الْفَسَادِ وَ الظُّلْمِ وَ فَنَاءِ الْأَمْوَالِ ... .

۲- الکشـاف عن حقائق غوامض التنزیل، ج ۱، ص۳۲۱: وَ مَنْ عادَ إلی الربا فَأُولئِکَ أَصْحابُ النَّارِ هُمْ فِیها خالِدُونَ و هذا دلیل بین علی تخلید الفسّاق. • تفسیر المنار، ج۳، ص۸۲: وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِکَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِیهَا خَالِدُونَ أَیْ وَمَنْ عَادَ إِلَی مَا کَانَ یَأْکُلُ مِنَ الرِّبَا الْمُحَرَّمِ بَعْدَ وَلَا یَجُوزُ تَأْوِیلُ شَیْءٍ مِنْهُ لِیُوَافِقَ کَلَامَ النَّاسِ، وَمَا الْوَعِیدُ بِالْخُلُودِ هُنَا إِلَّا کَالْوَعِیدِ بِالْخُلُودِ فِی آیَهِ قَتْلِ الْعَمْدِ، وَلَیْسَ هُنَاکَ شُبْهَهٌ فِی اللَّفْظِ عَلَی إِرَادَهِ الِاسْتِحْلَالِ، وَمِنَ الْعَجِیبِ أَنْ یَجْعَلَ الرَّازِیُّ الْآیَهَ هُنَا حُجَّهً عَلَی الْقَائِلِینَ بِخُلُودِ مُرْتَکِبِ الْکَبِیرَهِ فِی النَّارِ انْتِصَارًا لِأَصْحَابِهِ الْأَشَاعِرَهِ، وَخَیْرٌ مِنْ هَذَا التَّأْوِیلِ تَأْوِیلُ بَعْضِهِمْ لِلْخُلُودِ بِطُولِ الْمُکْثِ، أَمَّا نَحْنُ فَنَقُولُ: مَا کُلُّ مَا یُسَمَّی إِیمَانًا یَعْصِمُ صَاحِبَهُ مِنَ الْخُلُودِ فِی النَّارِ. الْإِیمَانُ إِیمَانَانِ: إِیمَانٌ لَا یَعْدُو التَّسْلِیمَ الْإِجْمَالِیَّ بِالدِّینِ الَّذِی نَشَأَ فِیهِ الْمَرْءُ أَوْ نُسِبَ إِلَیْهِ، وَمُجَارَاهَ أَهْلِهِ وَلَوْ بِعَدَمِ مُعَارَضَتِهِمْ فِیمَا هُمْ عَلَیْهِ، وَإِیمَانٌ: هُوَ عِبَارَهٌ عَنْ مَعْرِفَهٍ صَحِیحَهٍ بِالدِّینِ عَنْ یَقِینٍ بِالْإِیمَانِ، مُتَمَکِّنَهٍ فِی الْعَقْلِ بِالْبُرْهَانِ، مُؤَثِّرَهٍ فِی النَّفْسِ بِمُقْتَضَی الْإِذْعَانِ، حَاکِمَهٍ عَلَی الْإِرَادَهِ الْمُصَرِّفَهِ لِلْجَوَارِحِ فِی الْأَعْمَالِ، بِحَیْثُ یَکُونُ صَاحِبُهَا خَاضِعًا لِسُلْطَانِهَا فِی کُلِّ حَالٍ، إِلَّا مَا لَا یَخْلُو عَنْهُ الْإِنْسَانُ مِنْ غَلَبَهِ جَهَالَهٍ أَوْ نِسْیَانٍ، وَلَیْسَ الرِّبَا مِنَ الْمَعَاصِی الَّتِی تُنْسَی أَوْ تَغْلِبُ النَّفْسَ عَلَیْهَا خِفَّهُ الْجَهَالَهِ وَالطَّیْشِ، کَالْحِدَّهِ وَثَوْرَهِ الشَّهْوَهِ، أَوْ یَقَعُ صَاحِبُهَا مِنْهَا فِی غَمْرَهِ النِّسْیَانِ کَالْغِیبَهِ وَالنَّظْرَهِ، فَهَذَا هُوَ الْإِیمَانُ الَّذِی یَعْصِمُ صَاحِبَهُ بِإِذْنِ اللهِ مِنَ الْخُلُودِ فِی سُخْطِ اللهِ، وَلَکِنَّهُ لَا یَجْتَمِعُ مَعَ الْإِقْدَامِ عَلَی کَبَائِرِ الْإِثْمِ وَالْفَوَاحِشِ عَمْدًا ; إِیثَارًا لِحُبِّ الْمَالِ وَاللَّذَّهِ عَلَی دِینِ اللهِ وَمَا فِیهِ مِنَ الْحِکَمِ وَالْمَصَالِحِ، وَأَمَّا الْإِیمَانُ الْأَوَّلُ فَهُوَ صُورِیٌّ فَقَطْ، فَلَا قِیمَهَ لَهُ عِنْدَ اللهِ - تَعَالَی - لِأَنَّهُ - تَعَالَی - لَا یَنْظُرُ إِلَی الصُّوَرِ وَالْأَقْوَالِ، وَلَکِنْ یَنْظُرُ إِلَی الْقُلُوبِ وَالْأَعْمَالِ کَمَا وَرَدَ فِی الْحَدِیثِ. وَالشَّوَاهِدُ عَلَی هَذَا الَّذِی قَرَّرْنَاهُ فِی کِتَابِ اللهِ - تَعَالَی - کَثِیرَهٌ جِدًّا وَهُوَ مَذْهَبُ السَّلَفِ الصَّالِحِ، وَإِنْ جَهِلَهُ کَثِیرٌ مِمَّنْ یَدَّعُونَ اتِّبَاعَ السُّنَّهِ حَتَّی جَرَّءُوا النَّاسَ عَلَی هَدْمِ الدِّینِ، بِنَاءً عَلَی أَنَّ مَدَارَ السَّعَادَهِ عَلَی الِاعْتِرَافِ بِالدِّینِ وَإِنْ لَمْ یَعْمَلْ بِهِ، حَتَّی صَارَ النَّاسُ یَتَبَجَّحُونَ بِارْتِکَابِ الْمُوبِقَاتِ مَعَ الِاعْتِرَافِ بِأَنَّهَا مِنْ کَبَائِرِ مَا حُرِّمَ کَمَا بَلَغَنَا عَنْ بَعْضِ کُبَرَائِنَا أَنَّهُ قَالَ: إِنَّنِی لَا أُنْکِرُ أَنَّنِی آکُلُ الرِّبَا وَلَکِنَّنِی مُسْلِمٌ،

أَعْتَرِفُ بِأَنَّهُ حَرَامٌ، وَقَدْ فَاتَهُ أَنَّهُ يَلْزَمُهُ بِهَـذَا الْقَوْلِ الِاعْتِرَافُ بِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِ هَـذَا الْوَعِيدِ وَبِأَنَّهُ يَرْضَى أَنْ يَكُونَ مُحَارِبًا لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ، وَظَالِمًا لِنَفْسِهِ وَلِلنَّاسِ كَمَا سَيَأْتِي فِي آيَةٍ أُخْرَى، فَهَلْ يَعْتَرِفُ بِالْمَلْزُومِ أَمْ يُنْكِرُ الْوَعِيدَ الْمَنْصُوصَ فَيُؤْمِنُ بِبَعْضِ الْكِتَابِ وَيَكْفُرُ بِبَعْضٍ؟ نَعُوذُ بِاللهِ مِنَ الْخِذْلَانِ.

مسلمانی هم مرتکب آن شود خلود در آتش خواهد داشت، کما این که بعض گناهان کبیره ی دیگر مانند «قتل مؤمن» نیز موجب خلود در آتش می باشد.

نظر مختار درباره ی (وَ مَنْ عَادَ)

اگر صدر آیه ی شریفه را به تنهایی نگاه کنیم ظهور در آن دارد که عقاب که همان مخبَّط شدن از مسّ شیطان است به خاطر أکل رباست؛ زیرا می فرماید:

(الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لاَ يَقُومُونَ إِلاَّ كَمَا يَقُومُ الَّذِی يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ).

ولی در ذیل که می فرماید: (ذلِکَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا) اگر مراد از «ذلک» آن عقاب باشد ظهور دارد که عقاب به خاطر قولشان (إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا) می باشد و در نتیجه با صدر آیه تعارض دارد.

امّا ما می توانیم بگوییم مراد از «ذلک» آن عقاب نیست، بلکه «أکل رباست» یعنی به خاطر این که بیع را مثل ربا می دانند أکل ربا می کنند، در نتیجه عقوبت، هم به خاطر أکل رباست و هم به خاطر این که می گویند (إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا) و این را می توان از نظائر استعمال «ذلک بأنهم» در آیات شریفه به دست آورد.

از این جا نیز می توان گفت مراد از (وَ مَنْ عَادَ فَأُولئِکَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ) کسانی است که أکل ربا می کنند و خوردنشان ناشی از این قولشان است که (إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا).

بنابراین آیه ی شریفه شاهد بر آن نیست که اگر مسلمانی با اذعان به حرمت ربا و رجاء عفو پروردگار مرتکب أکل ربا شد خلود در آتش خواهد داشت. کما این که آیه ی شریفه ی (وَ مَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِناً مُتَعَمِّداً فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِداً فِيهَا وَ غَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَ لَعَنَهُ وَ أَعَدَّ لَهُ عَذَاباً عَظِيماً) نیز شاهد بر آن نیست که اگر مؤمنی مؤمن دیگر را بکشد خلود در جهنم خواهد داشت؛ چراکه روایاتی(۱) که در ذیل این

۱- وسائل الشیعه، ج ۲۹، کتاب القصاص، باب۹، بَابُ أَنَّ مَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً عَلَى دِينِهِ فَلَيْسَتْ لَهُ تَوْبَةٌ وَ إِلَّا صَحَّتْ تَوْبَتُهُ، ص۳۰: مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ وَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ جَمِيعاً عَنِ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ وَ ابْنِ بُكَيْرٍ جَمِيعاً عَنْ أَبِی عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام – قَالَ: سُئِلَ عَنِ الْمُؤْمِنِ يَقْتُلُ الْمُؤْمِنَ مُتَعَمِّداً هَلْ لَهُ تَوْبَةٌ فَقَالَ إِنْ كَانَ قَتَلَهُ لِإِيمَانِهِ فَلَا تَوْبَةَ لَهُ وَ إِنْ كَانَ قَتَلَهُ لِغَضَبٍ أَوْ لِسَبَبٍ مِنْ أَمْرِ الدُّنْيَا فَإِنَّ تَوْبَتَهُ أَنْ يُقَادَ مِنْهُ وَ إِنْ لَمْ يَكُنْ عُلِمَ بِهِ انْطَلَقَ إِلَى أَوْلِيَاءِ الْمَقْتُولِ فَأَقَرَّ عِنْدَهُمْ بِقَتْلِ صَاحِبِهِمْ فَإِنْ عَفَوْا عَنْهُ فَلَمْ يَقْتُلُوهُ أَعْطَاهُمُ الدِّيَةَ وَ أَعْتَقَ نَسَمَةً وَ صَامَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ وَ أَطْعَمَ سِتِّينَ مِسْكِيناً تَوْبَةً إِلَى اللَّهِ عَزَّ وَ جَلَّ. وَ عَنْهُمْ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ خَالِدٍ عَنْ عُثْمَانَ بْنِ عِيسَى عَنْ سَمَاعَةَ عَنْ أَبِی عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام – قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ قَوْلِ اللَّهِ عَزَّ وَ جَلَ وَ مَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِناً مُتَعَمِّداً فَجَزاؤُهُ جَهَنَّمُ قَالَ: مَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً عَلَى دِينِهِ فَذَاكَ الْمُتَعَمِّدُ الَّذِی قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَ جَلَ وَ أَعَدَّ لَهُ عَذاباً عَظِيماً قُلْتُ فَالرَّجُلُ يَقَعُ بَيْنَهُ وَ بَيْنَ الرَّجُلِ شَيْ ءٌ فَيَضْرِبُهُ بِسَيْفِهِ فَيَقْتُلُهُ فَقَالَ لَيْسَ ذَاكَ الْمُتَعَمِّدَ الَّذِی قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَ جَلَّ. وَ رَوَاهُ الْعَيَّاشِيُّ فِی تَفْسِيرِهِ عَنْ سَمَاعَةَ (عَنْ أَبِی عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام –) وَ زَادَ وَ لَكِنْ يُقَادُ بِهِ وَ الدِّيَةُ إِنْ قُبِلَتْ قُلْتُ فَلَهُ تَوْبَةٌ قَالَ نَعَمْ يُعْتِقُ رَقَبَةً وَ يَصُومُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ وَ يُطْعِمُ سِتِّينَ مِسْكِيناً وَ يَتُوبُ وَ يَتَضَرَّعُ فَأَرْجُو أَنْ يُتَابَ عَلَيْهِ. وَ عَنْهُ عَنْ حَمَّادِ بْنِ عِيسَى عَنْ أَبِی السَّفَاتِجِ عَنْ أَبِی عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام – فِی قَوْلِ اللَّهِ عَزَّ وَ جَلَ وَ مَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِناً مُتَعَمِّداً فَجَزاؤُهُ جَهَنَّمُ قَالَ جَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ إِنْ جَازَاهُ. وَالْعَيَّاشِيُّ فِی تَفْسِيرِهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِی نَصْرٍ رَفَعَهُ إِلَى الشَّيْخِ علیه السلام – فِی قَوْلِهِ خَلَطُوا عَمَلًا صالِحاً وَ آخَرَ سَيِّئاً (قَالَ) قَالَ قَوْمٌ اجْتَرَحُوا ذُنُوباً مِثْلَ قَتْلِ حَمْزَةَ وَ جَعْفَرٍ الطَّيَّارِ– ثُمَّ تَابُوا ثُمَّ قَالَ وَ مَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً لَمْ يُوَفَّقْ لِلتَّوْبَةِ إِلَّا أَنَّ اللَّهَ لَا يَقْطَعُ طَمَعَ الْعِبَادِ فِيهِ وَ رَجَاءَهُمْ مِنْهُ. أَقُولُ: وَجْهُ الْجَمْعِ أَنَّ مَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً عَلَى دِينِهِ فَهُوَ مُرْتَدٌّ إِنْ تَابَ مِنَ الارْتِدَادِ وَ لَمْ يَكُنْ مُرْتَدّاً عَنْ فِطْرَةٍ قُبِلَ وَ إِلَّا قُتِلَ أَقُولُ: وَ تَقَدَّمَ مَا يَدُلُّ عَلَى صِحَّةِ التَّوْبَةِ مِنَ الْكَبَائِرِ وَ يَأْتِی مَا

يَدُلَّ عَلَى بَعْضِ الْمَقْصُود. • الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۲، ص۲۸: عَلِيُّ بْنُ مُحَمَّدٍ عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِهِ عَنْ آدَمَ بْنِ إِسْحَاقَ عَنْ عَبْدِ الرَّزَّاقِ بْنِ مِهْرَانَ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ مَيْمُونٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ سَالِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ۸ قَالَ: ... وَ أَخْبَرَهُ بِالْمَعَاصِي الَّتِي أَوْجَبَ اللَّهُ عَلَيْهَا وَ بِهَا النَّارَ لِمَنْ عَمِلَ بِهَا وَ أَنْزَلَ فِي بَيَانِ الْقَاتِلِ وَ مَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِناً مُتَعَمِّداً فَجَزاؤُهُ جَهَنَّمُ خالِداً فِيها وَ غَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَ لَعَنَهُ وَ أَعَدَّ لَهُ عَذاباً عَظِيماً - وَ لَا يَلْعَنُ اللَّهُ مُؤْمِناً قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَ جَلَّ - إِنَّ اللَّهَ لَعَنَ الْكافِرِينَ وَ أَعَدَّ لَهُمْ سَعِيراً خالِدِينَ فِيها أَبَداً لا يَجِدُونَ وَلِيًّا وَ لا نَصِيراً - وَ كَيْفَ يَكُونُ فِي الْمَشِيئَةِ وَ قَدْ أَلْحَقَ بِهِ حِينَ جَزَاهُ جَهَنَّمَ الْغَضَبَ وَ اللَّعْنَةَ وَ قَدْ بَيَّنَ ذَلِكَ مَنِ الْمَلْعُونُونَ فِي كِتَابِهِ.

مبارکه وارد شـده بیان می کنـد این کریمه اختصاص به آن قاتلی دارد که مؤمن را به خاطر ایمانش به قتل برسانـد؛ نه به خاطر امور دیگر [که طبعاً چنین قاتلی کافر نیز می باشـد]. بنابراین قاعـده ای که بیان می کند مؤمن خلود در جهنم نخواهد داشت به اطلاق خود باقی است.

نظر نهایی و مختار در اطلاق کریمه ی (أحَلّ اللهُ البَیعَ)

بیان کردیم کریمه ی (أحَلَّ اللهُ البَیعَ) در مقام إنشاء و تشریع نیست، بلکه در مقام حکایت از تشریع در سابق است، ولی با این حال می گوییم در مقام حکایت، علی الاطلاق از آن حکایت می کند که طبق قانون تطابق بین حاکی و محکی معلوم می شود محکی آن نیز که همان إنشاء حلّیت بیع و حرمت ربا باشد اطلاق داشته است.

شاهد بر این اطلاق، یک نکته ی ادبی است که ما را ملزم می کند بگوییم «واو» در (وَ أحَلَّ اللهُ البَیعَ) «واو» حالیه نیست و کثیری از مترجمین، مفسرین و متصدیان تجزیه و تحلیل و اعراب قرآن که «واو» را در این جا حالیه گرفته و در نتیجه گرفتار شبهه ی عدم اطلاق شد ه اند ظاهراً این نکته را مورد توجّه قرار نداده اند.

آن نکته ی ادبی این است که جمله ی حالیه اگر به صورت فعل ماضیِ مثبت باشد باید علاوه بر «واو» مشتمل بر «قد» باشد، مانند: «جاء زیدٌ و قَد شاهَرَ سیفَه» در حالی که کریمه مشتمل بر «قد» نیست و این که بعضی مجبور شده اند «قد» در تقدیر بگیرند لزوم ما لا یلزم است و بهتر آن است که بگوییم «واو» استیناف(۱)

۱- بعض مفسرین نیز «واو» را در آیه ی شریفه استیناف گرفته اند: • زبده البیان فی أحکام القرآن، ص۴۲۹: «الّذین» مع صلته مبتدأ خبره «لا یقومون»، و «إلّا» للاستثناء، و ما بعده مستثنی، و المستثنی منه محذوف و التقدیر لا یقومون قیاما إلّا قیاما کائنا نحو قیام المصروع، فالجارّ و المجرور متعلّق بمقدّر صفه للمستثنی المحذوف، و أقیم مقامه و «ما» مصدریّه و «من المسّ» متعلّق إمّا بلا یقومون، أو یقوم أو یتخبّطه، و «ذلک» مبتدأ و «بأنّهم قالوا» خبره و «إِنَّمَا الْبَیْعُ مِثْلُ الرِّبا» جمله من مبتدأ و خبر مقول قالوا «وَ أَحَلَّ» إلخ جمله مستأنفه لإنکار قولهم، وفاء «فمن» للتعقیب و «من» مع صلته مبتدأ و هی «جاء» مع مفعوله و فاعله، و هو «موعظه» و تذکیره للفصل و کون تأنیثها غیر حقیقیّ و کونها بمعنی الوعظ، و لهذا قال فی موضع آخر: «جاءته موعظه» و «من ربّه» متعلّق بمقدّر صفه الموعظه أی کائنه من ربّه و «فانتهی» عطف علی جاءه «فله» خبر «ما سلف» و الجمله خبر «من» و لتضمّنها معنی الشرط صحّ دخول الفاء فی خبره و «أمره إلی اللّه» عطف علی «له ما سلف» و «هم فیها خالدون» جمله حالیّه، و «فیها» یتعلّق بخالدون. • المیزان فی تفسیر القرآن، ج ۲، ص۴۱۵: قوله تعالی: وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَیْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبا، جمله مستأنفه بناء علی أن الجمله الفعلیه المصدره بالماضی لو کانت حالا لوجب تصدیرها بقد. یقال: جاءنی زید و قد ضرب عمرا، و لا یلائم کونها حالا ما یفیده أول الکلام من المعنی، فإن الحال قید لزمان عامله و ظرف لتحققه، فلو کانت حالا لأفادت: أن تخبطهم لقولهم إنما البیع مثل الربا إنما هو فی حال أحل الله البیع و حرم الربا علیهم، مع أن الأمر علی خلافه فهم خابطون بعد تشریع هذه الحلیه و الحرمه و قبل تشریعهما، فالجمله لیست حالیه و إنما هی مستأنفه. • روح المعانی فی تفسیر القرآن العظیم، ج ۲، ص۴۹: «وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَیْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبا جمله مستأنفه من اللّه تعالی ردا علیهم و إنکارا لتسویتهم». • الجدول فی إعراب القرآن، ج ۳، ص۷۱: (الواو) استئنافیّه (أحلّ) فعل ماض (اللّه) لفظ الجلاله فاعل مرفوع (البیع) مفعول به منصوب (الواو) عاطفه (حرّم الربا) مثل أحلّ البیع (الفاء) استئنافیّه.

است که در این صورت به وضوح استفاده ی اطلاق از کریمه می شود.

بنـابراین به نظر مـا آیه ی شـریفه اطلاق دارد و می توان در موارد مشـکوک از جمله تصـحیح و افاده ی ملکیت معاطات به آن تمسّک کرد.

استفاده ی اطلاق کریمه از بعض روایات

از بعض روایـات نیز اسـتفاده می شود که ائمه– علیهم السـلام – به اطلاق (أَحَلَّ اللهُ البَیعَ وَ حَرَّمَ الرِّبا) تمسّک کرده انـد که می تواند به عنوان مؤید باشد.

این روایت گرچه از لحـاظ سـند ناتمـام بوده و نمی توان به امام علیه السـلام – نسـبت داد، ولی معلوم می شود که حـداقل آن راویان که اهل لسان بودند چنین اطلاقی را استفاده کرده اند:

مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيِّ بْنِ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ عُمَرَ بْنِ يَزِيدَ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِی عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام - جُعِلْتُ فِدَاكَ إِنَّ النَّاسَ يَزْعُمُونَ أَنَ الرِّبْحَ عَلَى الْمُضْطَرِّ حَرَامٌ وَ هُوَ مِنَ الرِّبَا قَالَ وَ هَلْ رَأَيْتَ أَحداً يَشْتَرِی غَنِيّاً أَوْ فَقِيراً إِلَّا مِنْ ضَرُورَةٍ يَا عُمَرُ قَدْ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا فَارْبَحْ وَ لَا تُرْبِهْ قُلْتُ وَ مَا الرِّبَا قَالَ دَرَاهِمَ بِدَرَاهِمَ مِثْلَيْنِ بِمِثْلٍ.

مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ يَحْيَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ سُلَيْمَانَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَيُّوبَ عَنْ عُمَرَ بْنِ يَزِيدَ مِثْلَه.(۱)

عمر بن یزید بیاع السابری می گوید: خدمت امام صادق علیه السلام - عرض کردم فدایتان شوم! مردم [عامه] فکر می کنند سود بر مضطر حرام بوده و رباست(۲)، حضرت فرمودند: آیا دیدی کسی اعم از غنی و فقیر به غیر ضرورت(۳) چیزی بخرد؟! ای عمر! خداوند بیع را حلال و ربا را حرام نموده است، پس سود کن و ربا نخور. عرض کردم: ربا چیست؟ فرمودند: یک درهم در مقابل دو درهم و مثلان در مقابل مثل قرار گیرد.

در این روایت حضرت برای اثبات حلال بودن سود بیع بر مضطر به اطلاق (أَحَلَّ اللهُ البَیعَ وَ حَرَّمَ الرّبا) تمسّک می کنند، در حالی که اگر کریمه اطلاق نداشت و فقط فی الجمله مفید حلّیت بیع بود تمسّک به آن برای اثبات حلّیت بیع مضطرّ صحیح نبود.

۱- وسائل الشیعه، ج ۱۷، کتاب التجاره، ابواب آداب التجار، باب ۴۰، ص۴۴۷؛ من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص۲۷۸ و تهذیب الأحکام، ج ۷، ص۱۸.

۲- یعنی کسی که مضطر بوده و چیزی می خرد، اگر فروشنده مثل بقیه ی مشتری ها از او سود ببرد حرام است.

۳- اضطرار در کلام حضرت به معنای اضطرار اصطلاحی نیست. شاید حضرت به خاطر تقیه چنین فرمودند که از کلامشان سوء استفاده نشود.

شیخ صدوق قدس سره - این روایت را از عمر بن یزید بیاع سابری نقل می کند. سند شیخ صدوق به عمر بن یزید گرچه در مشیخه ی(۱) من لا یحضره الفقیه تمام است و شاید به همین خاطر در کتب از آن تعبیر به صحیحه شده است، ولی از آن جا که شیخ صدوق این روایت را با تعبیر «رُوِیَ عن»(۲) نقل می کند؛ نه «رَوَی» معلوم می شود که این روایت را با آن طریقی که در مشیخه از عمر بن یزید ذکر کرده نقل نمی کند، بلکه سند دیگری دارد که ممکن است مرسله باشد.

سند شیخ طوسی قدس سره - در تهذیب نیز به خاطر محمد بن سلیمان و علی بن ایوب ناتمام است.

۲) آیه ی شریفه ی (لا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ مِنْكُمْ)

اشاره

کریمه ی دیگری که جناب شیخ(۳) قدس سره - برای اثبات مفید ملکیّت بودن معاطات به آن تمسّک کرده، این آیه ی شریفه است:

(يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ مِنْكُمْ وَ لا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كانَ بِكُمْ رَحِيماً)(۴)

۱- من لا یحضره الفقیه، ج ۴، ص۴۲۵: و ما كان فيه عن عمر بن يزيد فقد رويته عن أبی- رضی اللّه عنه- عن محمّد ابن يحيی العطّار، عن يعقوب بن يزيد، عن محمّد بن أبی عمير؛ و صفوان بن يحيی عن عمر بن يزيد. و قد رويته أيضا عن أبی- رضی اللّه عنه- عن عبد اللّه بن جعفر الحميریّ عن محمّد بن عبد الحميد، عن محمّد بن عمر بن يزيد، عن الحسين بن عمر بن يزيد، عن أبيه عمر بن يزيد. و رويته أيضا عن أبی- رحمه اللّه- عن عبد اللّه بن جعفر الحميریّ عن محمّد بن عبد الجبّار، عن محمّد بن إسماعيل، عن محمّد بن عبّاس، عن عمر بن يزيد.
۲- رُوِیَ عَنْ عُمَرَ بْنِ يَزِيدَ بَيَّاعِ السَّابِرِیِّ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِی عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام - جُعِلْتُ فِدَاكَ إِنَّ النَّاسَ يَزْعُمُونَ أَنَ الرِّبْحَ ... .
۳- المكاسب المحرمه (ط - الحديثه)، ج ۳، ص۴۱: و ممّا ذكر يظهر وجه التمسّك بقوله تعالى (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ).
۴- سوره ی مباركه ی نساء، آيه ی ۲۹.

هر دو بخش نفیی و مستثنی منه یعنی (لا تَأْکُلُوا أَمْوالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْباطِلِ)(۱) و بخش اثباتی و مستثنی یعنی (إِلَّا أَنْ تَکُونَ تِجارَهً عَنْ تَراضٍ مِنْکُمْ) از کریمه محل بحث واقع شده است. البته برای تصحیح و اثبات افاده ی ملکیت معاطات به بخش اثباتی کریمه تمسّک می شود، ولی از آن جا که بخش اثباتی کریمه استثناء از بخش نفیی بوده و فهم درست بخش اثباتی منوط به فهم درست قسمت نفیی می باشد لازم است بخش نفیی کریمه نیز مورد توجه و بحث قرار گیرد.

سه بحث در قسمت «مستثنی منه» کریمه

اشاره

در بخش نفیی کریمه که مستثنی منه می باشد باید سه مطلب روشن گردد:

۱. مقصود از «أکل» در (لا تأکلوا) چیست؟

در کریمه ی قبل بیان کردیم مراد از «أکل» أکل به دهان نیست، بلکه مراد استیلاء بر مال غیر است به هر نحوی که او را از آن منع کند، لذا تملّک و تسلط اعتباری که حتی فی الجمله آثار بر آن مترتب کنند مشمول کریمه بوده و منهیٌ عنه می باشد.

۲. نهی در (لا تأکلوا) نهی تکلیفی است یا ارشاد به بطلان معامله؟

بعضی(۲) مدعی شده اند که چون کریمه مربوط به معاملات است صیغه ی نهی

۱- بخش نفیی کریمه در آیه ی دیگری نیز آمده که محل کلام نیست: (وَ لا تَأْکُلُوا أَمْوالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْباطِلِ وَ تُدْلُوا بِها إِلَی الْحُکَّامِ لِتَأْکُلُوا فَرِیقاً مِنْ أَمْوالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَ أَنْتُمْ تَعْلَمُونَ) (سوره ی مبارکه ی بقره، آیه ی ۱۸۸)

۲- إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۱، ص۶: و الحاصل أن النهی عن الأکل فی الآیه من قبیل النهی عن المعامله، و ظهوره فیها هو الإرشاد إلی فسادها، کما أن ظهور النهی المتعلق بالأفعال الخارجیه هو تحریمها تکلیفا، و لیس المراد أنه لا یمکن النهی عن المعامله تکلیفا، سواء کانت المعامله بمعناها المصدری أو الاسم المصدری، فإن إمکان النهی عنها کذلک، بل وقوعه فی الشرع کحرمه البیع وقت النداء أو حرمه بیع الخمر بمعنی کون بیعها مبغوضا للشارع من الواضحات، کیف و قد وقع الکلام فی أن النهی عن معامله تکلیفا هل یقتضی فسادها أم لا. بل المراد ان حمل النهی عن معامله علی التکلیف یحتاج إلی قرینه، و مع عدم القرینه ظاهره الإرشاد إلی فسادها ای عدم إمضاء الشارع، فمثلا ملاک النهی عن البیع یوم الجمعه- و هو ادراک صلاتها و عدم تفویتها- قرینه علی الحکم التکلیفی و اللعن الوارد علی بایع الخمر و مشتریها قرینه علیها، کما أن قوله علیه السلام ثمن الخمر سحت دلیل علی فساد المعامله علیها، حیث ان مع صحتها لا یکون الثمن سحتا.

علی نحو الکنایه ارشاد به بطلان معامله است. بنابراین (لا تَأْکُلُوا أَمْوالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْباطِلِ) به این معناست: عقدی که باطلاً محقق شود مورد امضاء نبوده و فاسد است و تبدیل و تبدّل ملکیّت با آن حاصل نمی شود.

ولی ظهور اولیه ی هر نهیی در منع تکلیفی است و رفع ید از آن احتیاج به قرینه دارد. در ما نحن فیه چنین قرینه ای وجود ندارد و آن چه به عنوان قرینه ذکر شده نمی تواند قرینه باشد. بنابراین (لا تَأْکُلُوا أَمْوالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْباطِلِ) ظهور در حرمت تکلیفی اکل مال به باطل و استحقاق عقاب مرتکب آن دارد. ولی این، منافات با استفاده ی بطلان معامله از آن نداشته و بطلان نیز از مناسبات حکم و موضوع و این که کریمه مربوط به معاملات بوده و حرمت أکل وجهی جز بطلان معامله ندارد، استفاده می شود. پس این که خداوند متعال فرموده (لا تَأْکُلُوا أَمْوالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْباطِلِ) به این جهت بوده که چون عقدی که باطلاً إنشاء شده موجب نقل و انتقال نمی شود، پس تصرف در منتقلٌ إلیه حرام است.

۳. مراد از (بالباطل) چیست؟

در این که «باء» در (بِالْباطِلِ) چه بائی است بعضی گفته اند «باء» مقابله بوده و نظیر باء در «اشتریت هذا بهذا» می باشد. بعضی هم گفته اند «باء» سببیت بوده و مقصود از سبب باطل، عقود فاسد مانند عقد ربوی، عقد غرری، قمار و ... می باشد.

اگر «باء مقابله» باشد معنای کریمه آن است که اموال یکدیگر را در مقابل باطل نخورید، یعنی اگر عوض در بیع، باطل بود نمی توان در معوّض تصرف کرد یا اگر معوّض باطل بود در عوض نمی توان تصرف کرد. بنابراین کسانی مانند سید یزدی قدس سره - که مالیت را در مبیع به حسب عرف و لغت شرط نمی دانند و بیع بر آن اطلاق می کنند، با تمسّک به این کریمه می تواننـد بگوینـد اگر مبیع یا ثمن مالیت نداشت شرعاً و تعبّداً معامله باطل است؛ چراکه کریمه می فرماید: اموال یکدیگر را در مقابل باطل [و بی ارزش] نخوریـد. طبق این معنا کریمه دیگر نظری به عقود فاسد ندارد، بلکه فقط بیان می کند که مبیع یا ثمن در معامله نباید باطل و بی ارزش باشد.

ولی اگر «باء سببیت» باشد فقط به عقود فاسد نظر دارد و بیان می کند اموال یکدیگر را به سبب عقود فاسد نخورید و دیگر نظری به مبیع یا ثمن باطل ندارد. فقط این سؤال باقی می ماند که مراد از عقود باطل آیا عقودی است که عقلاء آن را باطل می داند یا عقودی که شرع آن را باطل می داند یا هر دو؟

ما در بحث های قبل بیان کردیم محصور کردن «باء» در یکی از این دو معنا لزومی ندارد و در معانی دیگر «باء» نیز می تواند به کار رفته باشد. از جمله «باء استعانت» که معنای کریمه این چنین می شود: اموال یکدیگر را به استعانت باطل نخورید که معنای جامعی نسبت به سبب و مقابله می شود و سبب باطل (عقد فاسد) و مبیع یا ثمن باطل هر دو را شامل می شود؛ چراکه خوردن اموال یکدیگر به سبب باطل یا در مقابل باطل، خوردن به استعانت باطل است.

نیز می توان «باء» را به معنای «إلصاق» و نظیر باء در «مررتُ بزیدٍ» گرفت که در این صورت معنای کریمه چنین می شود: اموال یکدیگر را ملصقاً به باطل نخوریـد؛ چه این الصاق از حیث سبب باطل باشد یا در مقابل باطل؛ چراکه مراد از الصاق، الصاق حقیقی نیست، بلکه الصاقی است که مناسب با موضوع باشد.

استظهار بهتر آن است که بگوییم (بِالْباطِلِ) حال بوده و حقیقةً (متلبّسین یا آکلین) در تقدیر بوده و «باء» به معنای إلصاق می باشد و معنای آیه ی شریفه نیز چنین می شود: «لا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ متلبّسین بِالْباطِلِ» اموال یکدیگر را نخورید در حالی که تلبّس به باطل دارید یا أکلتان از روی باطل است. تلبّس به باطل، هم با سبب باطل حاصل می شود و هم با ثمن و مثمن باطل، پس با این استظهار نیز کریمه دارای معنای جامعی می شود.

به هر حال معنای عرفی کریمه آن است که هیچ گونه باطلی نباید در معامله راه داشته باشد؛ چه از سبب باطل و چه در مقابل باطل. تخریج فنّی آن را که با فهم عرفی سازگار باشد بیان کردیم، هر چند راه های دیگری نیز که مبیّن این معنای عرفی باشد نفی نمی کنیم.

إن قلت: اگر مراد از (بِالْباطِلِ) اعم از سبب باطل و در مقابل باطل باشد، با روایاتی(۱) که در ذیل کریمه وارد شده و باطل را به بعض عقود فاسد تطبیق فرموده منافات دارد.

قلت: روایات شریفه از باب ذکر مصداق برای عقود فاسد می باشد؛ نه این که کریمه را در آن ها منحصر کرده باشد و مؤید این که باطل، اعم از عقد فاسد می باشد روایتی است که در تفسیر برهان(۲) آمده و باطل را به «انه القمار و

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص۱۲۲: عِدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَكَمِ عَنْ سَيْفِ بْنِ عَمِيرَةَ عَنْ زِيَادِ بْنِ عِيسَى وَ هُوَ أَبُو عُبَيْدَةَ الْحَذَّاءُ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام - عَنْ قَوْلِ اللَّهِ عَزَّ وَ جَلَّ (وَ لا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ) فَقَالَ كَانَتْ قُرَيْشٌ تُقَامِرُ الرَّجُلَ بِأَهْلِهِ وَ مَالِهِ فَنَهَاهُمُ اللَّهُ عَزَّ وَ جَلَّ عَنْ ذَلِكَ.

۲- البرهان فی تفسیر القرآن، ج ۲، ص۶۶: الطبرسی: فی قوله: بِالْباطِلِ، قولان: أحدهما أنه الربا، و القمار، و البخس، و الظلم. قال: و هو المروی عن الباقر (علیه السلام). و فی (نهج البیان): عن الباقر و الصادق (علیهما السلام) أنه القمار، و السحت، و الربا، و الأیمان.

السحت و الربا و الایمان» تفسیر کرده که قسم خوردن با این که عقد نیست مصداق باطل شمرده و فرموده است: مالی که از راه قسم خوردن به دست بیاید مصداق باطل است.

مراد از باطل نیز خصوص باطل شرعی نیست، بلکه هر چیزی که لغهً و عرفاً باطل باشد مشمول آیه ی شریفه می باشد. عقودی که شارع آن را فاسد قرار داده نیز با تعبّد داخل در آیه می باشد؛ چراکه کریمه می فرماید: أکل مال به باطل نکنید و در جای دیگر شارع فرموده است: «العقد الربوی باطلٌ»، «العقد الغرری باطلٌ» و ... بنابراین باطل های شرعی هم با حکومت یا شبه حکومت، مشمول کریمه می شود؛ وگرنه اوّلاً و بالذات باطل عرفی را مورد حکم قرار داده است.

مطلب دیگری که در این بخش از کریمه مناسب است بیان شود آن است که چرا فرمود (اموالکم) و نفرمود «مالکم»؟ لذا ممکن است این سؤال پیش آید که مگر اموال زیادی باید خورده شود تا حرام صدق کند؟!

پاسخ آن است که چون خطاب به جمع است به صورت جمع بیان فرموده و به این معناست که هر کدام از شما مال را به باطل نخورد و نظیر (فَاغْسِلُوا وُجُوهَکُمْ) می باشد که یعنی هر کدام از شما صورتش را بشوید.

مباحث مربوط به بخش اثباتی کریمه

اشاره

در بخش اثباتی کریمه که می فرماید: (إِلاَّ أَنْ تَکُونَ تِجَارَهً عَنْ تَرَاضٍ مِنْکُمْ) باید بررسی کنیم مراد از تجارت چیست و نیز استثناء چگونه استثنایی است؟

۱) مراد از تجارت چیست؟

اشاره

معنـای «تجارت» در زبان عربی و فارسـی ظاهراً یکی است و ارتکاز ما در زبان فارسـی با ارتکاز عرب زبانان تفاوتی نـدارد. با مراجعه به لغت و ممارست متون قـدیم عرب اطمینان حاصل می شود که در طول تاریـخ تغییری در معنای آن رخ نـداده است، لذا تأمّل در معنای این ماده چه با ذوق و ارتکاز عربی و چه فارسی به یک نتیجه مُنتج می شود.

کتب لغت «تجـاره» را به عنوان مصـدر دوم برای «تَجَرَ» ذکر کرده انـد: «تَجَرَ يَتْجُرُ تَجْراً و تِجَارَةً فَهُوَ تَـاجِرٌ»(۱) و معنـای آن را لسان العرب(۲) و بعضی کتب دیگر(۳) به «باعَ و شَرَی» حمل کرده اند.(۴)

۱- المصباح المنير فی غريب الشرح الكبير للرافعی، ج۱، ص۷۳: تَجَرَ: (تَجْراً) من بـاب قتـل و (اتَّجر) و الاسمُ (التِجَارَةُ) و هو (تَاجِرٌ) و الجمع (تَجْرٌ) مثلُ صاحبٍ و صحْبٍ (و تُجَّارٌ) بضَم التَّاءِ مع التَّثْقِيلِ و بكسرِهَا مع التَّخْفِيفِ و لا يَكَادُ يُوجَدُ تاءٌ بعـدها جيمٌ إلا نَتَج و تجر و الرَّتَجُ و هو البابُ و رتِجَ فی مَنْطِقِه و أما تُجاهُ الشَّیْ ءِ فأصلها واوٌ.

۲- لسان العرب، ج ۴، ص۸۹: تَجَرَ يَتْجُرُ تَجْراً و تِجَارَةً؛ باع و شرى، و كذلك اتَّجَرَ و هو افْتَعَل.

۳- القاموس المحيط، ج ۲، ص۲۸: التَّاجِرُ: الـذی يَبِيعُ و يَشْتَرِی، و بـائِعُ الخَمْرِ، ج: تِجَارٌ و تُجَّارٌ و تَجْرٌ و تُجُرٌ، كرِجالٍ و عُمَّالٍ و صَحْبٍ و كُتُبٍ، و الحـاذِقُ بالأَمْرِ، و النـاقَةُ النـافِقَةُ فی التِّجـارَه و فی السُّوقِ. • تـاج العروس من جواهر القاموس، ج ۶، ص۱۲۷: التَّاجِرُ: الذی يَبِيعُ و يَشْتَرِی. تَجَرَ يَتْجُرُ تَجْراً و تِجَارَةً، و كذلک اتَّجَرَ و هو افْتَعَلَ.

۴- ولی جناب راغب، تجارت را به گونه ای تعریف می کند که بر بیع و شراء منطبق می شود: التِّجَارَه: التصرّف فی رأس المال طلبا للربح. (مفردات ألفاظ القرآن، ص۱۶۴). • الميزان فی تفسير القرآن، ج ۴، ص۳۱۷: و التجاره هی التصرف فی رأس المال طلبـا للربـح علی مـا ذكره الراغب فی مفرداته قال: و ليس فی كلامهم تاء بعـدها جيم غير هـذا اللفظ انتهی، فتنطبق علی المعامله بالبيع و الشری.

در معنای «تجاره» به «باعَ و شَری» دو احتمال وجود دارد؛ یک احتمال آن است که به هر یک از بیع و شراء تجارت اطلاق می شود، ولی این با واقعیت سازگار نیست و بعید است مراد لسان العرب باشد. احتمال دیگر آن است که بر بیع و شراء با هم اطلاق تجارت می شود؛ یعنی اگر چیزی را بخرد و سپس آن را بفروشد تا سودی به دست آورد تجارت کرده است، گرچه در لسان العرب آمده بود «فروخت و خرید».

مجمع البحرین «تجاره» را به «انتقال شیء مملوک من شخصٍ إلی آخر بعوضٍ مقدّر علی جهه التراضی»(۱) معنا کرده که اگر آن را توسعه دهیم شامل صلح، اجاره و ... نیز می شود، ولی اگر ضیّق بگیریم و مرادشان از انتقال، انتقال بالمطابقه باشد اختصاص به بیع پیدا می کند؛ چون همان طور که قبلا بیان کردیم معنای مطابقی غیر بیع انتقال نیست، بلکه سازش یا ... است.

صاحب جواهر(۲) قدس سره - ««تجاره» را در آیه ی شریفه به مطلق معاوضه اعم از بیع،

۱- مجمع البحرین، ج ۳، ص۲۳۳: التِّجارَه بالکسر هی انتقال شی ء مملوک من شخص إلی آخر بعوض مقدر علی جهه التراضی، أخذا من تَجَرَ یَتْجُرُ تَجْراً من باب قتل فهو تَاجِرٌ، و الجمع تَجْرٌ کصاحب و صَحْب و تُجَّارٌ بالضم و التشدید و بکسرها مع التخفیف. و المَتَاجِرُ جمع مَتْجَر من التجاره. و منه قول الفقهاء" کتاب المَتَاجِر" قیل هو إما مصدر میمی بمعنی التجاره کالمقتل بمعنی القتل، أو اسم موضع، و هی الأعیان یکتسب بها، قال بعض الأفاضل: و الأول ألیق بالمقصود. و فی کلام الفقهاء أیضا فی بحث الشراء" و لا بأس بِالْمَتَاجِر" و فسر بجواز شراء ما فیه الخمس ممن لا یخمس و لا یجب إخراج خمسه، و کذا من یشتری من الغنائم حال الغیبه و إن کان کله أو بعضه للإمام علیه السلام -.

۲- جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۲، ص۴: کتاب التجاره: و هی مصدر ثان لتجر من التجر، و ربما قیل انها اسم مصدر کالحیاکه و الصناعه، لکن الأظهر انها فی الأصل مصدر، نقلت إلی معنی الحرفه و الصناعه، فالتاجر الذی حرفته التجاره، و الجمع تجار و تجار و تجر و تجر، کرجال و عمال و صحب و کتب، و علی کل حال فهی التی جعل الشارع «تسعه أعشار البرکه فیها، و العشر الباقی فی الغنم» و «فیها العز و الغنی عما فی أیدی الناس»، بل «ترکها ینقص العقل». لکن المراد بها هنا مطلق المعاوضه، نحو قوله تعالی «إِلّا أَنْ تَکُونَ تِجارَهً عَنْ تَراضٍ» کما عن مجمع البحرین قال: التجاره بالکسر هی انتقال شی ء مملوک من شخص إلی أخر بعوض مقدر علی جهه التراضی إلی آخره، لا ـ أن المراد بها الصناعه المعروفه، و ان قیل: انها المتبادر منها، بل هو المستفاد من أهل اللغه، الا ان ذلک لا ینافی إراده غیره منه فی خصوص المقام، لمعلومیه عدم اعتبار ذلک فی التجاره المبحوث عنها هنا، و ان انتقض بالمعاملات المقصود منها الاکتساب من غیر ذی الصنعه، الا أن یلتزم الاستطراد و هو بعید، و لا ما سمعته فی کتاب الزکاه من المعاوضه لقصد الربح ... .

إجاره، مساقات، مزارعه و ... معنا می کنـد. کما این که در روایتی می فرمایـد: «كُلُّ مَا افْتَتَحَ بِهِ الرَّجُلُ رِزْقَهُ فَهُوَ تِجَارَةٌ»(۱)؛ هر چیزی که فرد بـا آن روزی خود را بـاز کنـد تجـارت است. بنـابراین تجارت به این معنا عام بوده و شامل هر نوع کسبی اعم از صنعت، إجاره، کتابت، زراعت و ... می شود.

ولی معلوم است که این معنـای تجـارت در روایت، معنایی تنزیلی است و می خواهـد بیان کنـد آن روایاتی(۲) که در فضیلت تجارت وارد شده اختصاص به بیع

۱- الکـافی (ط - الإسـلامیه)، ج ۵، ص۳۰۵: مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ خَالِدٍ عَنْ سَعْدِ بْنِ سَعْدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ فُضَيْلٍ عَنْ أَبِي الْحَسَنِ علیه السـلام - قَالَ: كُلُّ مَا افْتَتَحَ بِهِ الرَّجُلُ رِزْقَهُ فَهُوَ تِجَارَةٌ. • مرآه العقول فی شـرح أخبار آل الرسول، ج ۱۹، ص۴۱۸: قوله علیه السلام: «کل ما افتتح» أی لیست التجاره التی حث علیها الشارع منحصرا فی البیع و الشراء، بل یشـمل کـل أمر مشـروع یصـیر سـببا لحصول الرزق و فتـح أبوابه، کالصـناعه و الکتـابه و الإجاره و الـدلاله و الزراعه و الغرس و غیرها.

۲- روایـاتی که در فضـیلت تجارت وارد شـده، بعضـی ظهور در تجارت بالمعنی الخاص یعنی بیع و شـراء دارد، ماننـد: وسائل الشیعه، ج ۱۷، کتاب التجاره، ابواب مقـدماتها، باب۱، ص۱۰: وَ فِي الْخِصَالِ عَنْ أَبِيهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ يَحْيَى عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ يَزِيدَ عَنْ سُفْيَانَ الْجَرِيرِيِّ عَنْ عَبْدِ الْمُؤْمِنِ الْأَنْصَارِيِّ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ۸ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ۹ الْبَرَكَةُ عَشَرَةُ أَجْزَاءٍ تِسْعَةُ أَعْشَارِهَا فِي التِّجَارَةِ وَ الْعُشْرُ الْبَاقِي فِي الْجُلُودِ. قَالَ الصَّدُوقُ يَعْنِي بِالْجُلُودِ الْغَنَمَ. • وَ [محمـد بن یعقوب] عَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ ابْنِ فَضَّالٍ عَنِ ابْنِ بُكَيْرٍ عَمَّنْ حَدَّثَهُ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ علیه السـلام - قَالَ: التِّجَارَةُ تَزِيدُ فِي الْعَقْلِ. • مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَّادِ بْنِ عُثْمَانَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ علیه السـلام - قَالَ: تَرْكُ التِّجَارَةِ يَنْقُصُ الْعَقْلَ. • تهذیب الأحکام، ج ۷، ص۴: عَنْهُ [أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدِ بْنِ عِيسَى] عَنِ الْحَسَنِ بْنِ عَلِيٍّ عَنْ أَسْبَاطِ بْنِ سَالِمٍ بَيَّاعِ الزُّطِّيِّ قَالَ: سَأَلَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ علیه السـلام - يَوْماً وَ أَنَا عِنْدَهُ عَنْ مُعَاذٍ بَيَّاعِ الْكَرَابِيسِ فَقِيلَ تَرَكَ التِّجَارَةَ فَقَالَ عَمَلُ الشَّيْطَانِ عَمَلُ الشَّيْطَانِ مَنْ تَرَكَ التِّجَارَةَ ذَهَبَ ثُلُثَا عَقْلِهِ أَ مَا عَلِمَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ۹ قَدِمَتْ عِيرٌ مِنَ الشَّامِ فَاشْتَرَى مِنْهَا وَ اتَّجَرَ فَرَبِحَ فِيهَا مَا قَضَى دَيْنَهُ. (امیرخانی)

و شراء نداشته و شامل هر گونه کسبی می شود. علاوه آن که به نظر ما روایت از لحاظ سند تمام نیست.(۱)

بعضی(۲) نیز «تجاره» را به «کلّ معامله یراد منها الربح» معنا کرده اند؛ یعنی هر معامله ای اعم از بیع، شراء، إجاره و ... که قصد ربح از آن باشد تجارت است.

حقیقت آن است که اطلاق تجارت بر بیع تنها یا شراء تنها هر چند قصد سود(۳) داشته باشد مشکوک بوده، بلکه منتفی است؛ مثلاً اگر کسی کتابی که در

۱- محمد بن فضیل توثیق ندارد.

۲- التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، ج ۱، ص۳۸۱: و التحقیق أنّ التِّجارَهَ عباره عن کلّ معامله یراد منها الربح، سواء کانت بیعا أو شراء أو غیرهما من المعاملات الرابحه. و لذا تری ذکرها فی مقابل البیع فی قوله تعالی: (لا تُلْهِیهِمْ تِجارَهٌ وَ لا بَیْعٌ عَنْ ذِکْرِ اللَّهِ) و ذکرت فی مقابل اللهو، فی قوله تعالی: (وَ إِذا رَأَوْا تِجارَهً أَوْ لَهْواً انْفَضُّوا إِلَیْها) فانّ التجاره تجلبهم من جهه ربحها و اللهو تجلبهم من جهه میل النفس و شهوتها.

۳- به نظر می رسد سود و ربح در جایی اطلاق می شود که در معامله ای رأس المال را تبدیل کرده، سپس در معامله ی دیگری همان رأس المال را به همراه نماء و زیاده به دست آورد. لذا در بیع تنها یا شراء تنها ربح حاصل نمی شود بلکه باید بیع و شراء با هم باشد تا ربح حاصل گردد. البته ربح اختصاص به بیع و شراء ندارد، بلکه ظاهراً با (شراء و إجاره) و (شراء و مزارعه) و ... نیز حاصل می گردد. (امیرخانی)

خانه دارد بفروشد نمی توان گفت به صرف فروش یک کتاب تجارت کرده است هر چند سود برده باشد. و نیز کارگری که در مقابل دریافت پول اجیر می شود نمی توان گفت تجارت می کند. بنابراین کلام صاحب جواهر قدس سره - نیز که فرمود هر معاوضه ای تجارت است درست نیست. کما این که ظاهر کلام مجمع البحرین که از آن استفاده می شود تجارت همان بیع است درست نیست و آیه ی شریفه ی (رِجالٌ لا تُلْهِیهِمْ تِجارَهٌ وَ لا بَیْعٌ عَنْ ذِکْرِ اللَّهِ) آن را نفی می کند؛ چراکه اگر تجارت به معنای بیع باشد کریمه فصاحت لازم را نخواهد داشت.

بنابراین به نظر می رسد معنایی که لسان العرب و بعضی دیگر از تجارت به «بیع و شراء» کردند و ظهور در این داشت که هر دو (بیع و شراء) باید باشد تا تجارت صدق کند صحیح می باشد؛ مثلاً اگر کسی کتابی را خرید و به این انگیزه که به سودی برسد آن را فروخت می توان گفت تجارت کرده است؛ چه در واقع سود کرده باشد و چه سود نکرده باشد؛ خصوصاً اگر خرید و فروش چندین مرتبه اتفاق بیفتد که در این صورت حتی قصد سود هم نداشته باشد و در بعضی موارد حتی سود نکرده یا ضرر کرده باشد ولی چون طبعاً سود آور است تجارت اطلاق می شود و این مراد کسی(۱) است که تجارت را به استمرار در اکتساب به بیع و شراء معنا کرده است.

۱- المیزان فی تفسیر القرآن، ج ۱۵، ص۱۲۷: التجاره إذا قوبلت بالبیع کان المفهوم منها بحسب العرف الاستمرار فی الاکتساب بالبیع و الشراء و البیع هو العمل الاکتسابی الدفعی فالفرق بینهما هو الفرق بین الدفعه و الاستمرار فمعنی نفی البیع بعد نفی التجاره مع کونه منفیا بنفیها الدلاله علی أنهم لا یلهون عن ربهم فی مکاسبهم دائما و لا فی وقت من الأوقات، و بعباره أخری لا تنسیهم ربهم تجاره مستمره و لا بیع ما من البیوع التی یوقعونها مده تجارتهم.

اعراب و ترکیب (تجاره) در کریمه

(تجاره) از لحاظ إعراب به دو صورت قرائت شده است. [کوفیون (عاصم، حمزه و کسایی)](۱) به نصب و بقیه به رفع قرائت کرده اند.(۲)

۱- اسامی قرّاء سبعه عبارتند از: عاصم کوفی (ابوبکر عاصم ابن ابی النَّجود) م: ۱۲۸ه.ق، نافع مدنی (ابو عبدالله نافع ابن ابی النّدیم) م: ۱۶۹ه.ق، حمزه کوفی (ابو عمّاره حمزه ابن حبیب زیّات) م: ۱۵۶ه.ق، کسائی کوفی (ابوالحسن علی ابن حمزه کسائی) م: ۱۸۹ه.ق، ابو عَمرو بصری (ابو عَمرو ابن علاء) م:۱۵۴ه.ق، ابن کثیر مکّی (عبدالله ابن کثیر) م: ۱۲۰ه.ق، ابن عامر شامی (عبدالله ابن عامر دمشقی) م: ۱۱۸ه.ق. نافع مدنی، ابن کثیر از مکه بو عمرو ز بصره، ابن عامر از شام پس عاصم و حمزه و کسائی کوفی این نسبت جمله شان بود بالإتمام

۲- التبیان فی تفسیر القرآن، ج ۳، ص۱۷۸: قرأ أهل الکوفه: (تجاره) نصباً، الباقون: بالرفع، فمن رفع ذهب الی أن معناه: إلا أن تقع تجاره، و من نصب فمعناه: إلاـ أن تکون الأموال تجاره، أو أموال تجاره، و حذف المضاف، و أقام المضاف إلیه مقامه، و یکون الاستثناء منقطعاً، و یجوز أن یکون التقدیر: إلا أن تکون التجاره تجاره، کما قال الشاعر: «إذا کان یوماً ذا کواکب أشنعا» و تقدیره: إذا کان الیوم یوماً ذا کواکب، ذکره أبو علی النحوی. و قال الرمانی التقدیر: إلا أن تکون الأموال تجاره، و لم یبین. و القول ما قال أبو علی، لأن الأموال لیست تجاره. و من شأن خبر کان أن یکون هو اسمها فی المعنی. و قیل: الرفع أقوی، لأنه أدل فی الاستثناء علی الانقطاع، فان التحریم لأکل المال بالباطل علی الإطلاق. و فی الناس من زعم أن نصبه علی قول الشاعر: « إذا کان طعناً بینهم و عناقا» أی إذا کان الطعن طعناً. قال الرمانی: و هذا لیس بقوی، لأن الإضمار قبل الذکر لیس یکثر فی مثل هذا، و إن کان جائزاً، فالرفع یغنی عن الإضمار فیه. • روح المعانی فی تفسیر القرآن العظیم، ج ۳، ص۱۶: إِلَّا أَنْ تَکُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ مِنْکُمْ استثناء منقطع، و نقل أبو البقاء القول بالاتصال و ضعفه، و عَنْ متعلقه بمحذوف وقع صفه لتجاره، و مِنْکُمْ صفه تَراضٍ أی إلاـ أن تکون التجاره تجاره صادره عَنْ تَراضٍ کائن مِنْکُمْ أو إلا أن تکون الأموال أموال تجاره، و النصب قراءه أهل الکوفه، و قرأ الباقون بالرفع علی أن- کان- تامه. • مفاتیح الغیب، ج ۱۰، ص۵۷: قرأ عاصم و حمزه و الکسائی: تِجارَةً بالنصب، و الباقون بالرفع. أما من نصب فعلی «کان» الناقصه، و التقدیر: إلا أن تکون التجاره تجاره، و أما من رفع فعلی «کان» التامه، و التقدیر: إلا أن توجد و تحصل تجاره. و قال الواحدی: و الاختیار الرفع، لأن من نصب أضمر التجاره فقال: تقدیره إلا أن تکون التجاره تجاره، و الإضمار قبل الذکر لیس بقوی و إن کان جائزا.

در قرائت به نصب، (تَکونَ) از افعال نـاقصه بوده و (تجـارهً) خبر برای آن می باشـد. در این که اسم آن چیست احتمالاـتی(۱) ذکر شـده است. بعضـی «الاموال» و برخی «الأکل» را به عنوان اسم برای (تکون) ذکر کرده انـد. ولی به نظر می رسد «التجاره» که از خبر اسـتفاده می شود بهتر باشـد و بـا تـأنیث (تکون) نیز منـاسب است؛ یعنی در واقع آیه ی شـریفه چنین است: «إلاـ أن تکـونَ التِجـارَهُ تِجـارَهً عن تراضٍ منکم». برخی هم احتمـال داده انـد (تجـاره) علی رغم نکره بودن اسم (تکون) و (عَنْ تَرَاضٍ) خبر آن باشد.

۱- الکشـاف عن حقائق غوامض التنزیل، ج ۱، ص۵۰۲: إِلَّا أَنْ تَکُونَ تِجـارَهً إلاـ أن تقع تجاره. و قرئ تجاره علی: إلا أن تکون التجاره تجاره عَنْ تَراضٍ مِنْکُمْ و الاسـتثناء منقطع. معناه: و لکن اقصدوا کون تجاره عن تراض منکم. أو و لکن کون تجاره عن تراض غیر منهی عنه. و قوله: (عَنْ تَراضٍ) صـفه لتجاره، أی تجاره صادره عن تراض. و خص التجاره بالذکر، لأنّ أسـباب الرزق أکثرها متعلق بها. • إعراب القرآن (للنحاس)، ج ۱، ص۲۱۰: هذه [بالرفع] قراءه أهل المدینه و أبی عمرو، و قرأ الکوفیون تِجارَهً بـالنصب. و هو اختیار أبی عبیـد. قال أبو جعفر: النصب بعیـد من جهه المعنی و الإعراب. فأما المعنی فإن هـذه التجاره الموصوفه لیس فیها أکل الأموال بالباطل فیکون النصب، و أما الإعراب فیوجب الرفع لأن «أن» هاهنا فی موضع نصب لأنها استثناء لیس من الأول «و تکون» صـلتها، و العرب تسـتعملها هاهنا بمعنی وقع فیقولون: جاءنی القوم إلّا أن یکون زید و لا یکاد النصب یعرف. • التبیـان فی إعراب القرآن (للعکبری)، ص۱۰۳: إِلَّا أَنْ تَکُونَ تِجـارَهً: الاسـتثناء منقطع لیس من جنس الأـوّل. و قیـل: هو متصل و التقـدیر: لا تأکلوها بسـبب إلا أن تکون تجاره. و هـذا ضـعیف لأنّه قال: بالباطل، و التجاره لیست من جنس الباطل. و فی الکلام حـذف مضـاف أی إلاـ فی حال کونها تجاره أو فی وقت کونها تجاره. و تجاره- بالرفع- علی أنّ کان تامه، و بالنصب علی أنها النـاقصه و التقـدیر: إلاـ أن تکون المعـامله أو التجـاره تجاره. و قیل: تقـدیره: إلا أن تکون الأموال تجاره. عَنْ تَراضٍ: فی موضـع صفه تجاره. و مِنْکُمْ: صفه تراض.

در قرائت به رفع، (تکون) از افعال تامّه بوده و در حقیقت این چنین می شود: «الا ان تقع تجارهٌ عن تراضٍ منکم».

۲) استثناء در کریمه به نحو متصل است یا منقطع؟

ظاهر کریمه آن است که (إِلاَّ أَنْ تَکُونَ تِجٰارَهً عَنْ تَرٰاضٍ مِنْکُمْ) به نحو استثناء منقطع از (لاٰ تَأْکُلُوا أَمْوٰالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْبٰاطِلِ) است؛ زیرا (تِجٰارَهً عَنْ تَرٰاضٍ) که مصداقی از مصادیق اکل مال به باطل نیست تا تخصیص آن از أکل مال به باطل استثناء متصل شود، بلکه تخصّصاً خارج است؛ چراکه تجارت نه عرفاً و نه عقلاً و نه شرعاً مصداق باطل نیست. پس استثناء به نحو منقطع است.

استثناء منقطع امری پذیرفته شده در ادبیات عرب بوده و در کلام فصحا نیز استعمال می شود. بنابراین مانعی از حمل استثناء بر استثناء منقطع در قرآن کریم نیست.

توجیه استثناء متصل در کلام برخی و نقد آن

فخر رازی در تفسیرش(۱) از بعضی نقل کرده که استثناء در کریمه به نحو

۱- مفاتیح الغیب، ج ۱۰، ص۵۷: قوله: إِلَّا فیه وجهان: الأول: أنه استثناء منقطع، لأن التجاره عن تراض لیس من جنس أکل المال بالباطل، فکان «إلا» هاهنا بمعنی «بل» و المعنی: لکن یحل أکله بالتجاره عن تراض. الثانی: ان من الناس من قال: الاستثناء متصل و أضمر شیئا، فقال التقدیر: لا تأکلوا أموالکم بینکم بالباطل، و إن تراضیتم کالربا و غیره، إلا أن تکون تجاره عن تراض. و اعلم أنه کما یحل المستفاد من التجاره، فقد یحل أیضا المال المستفاد من الهبه و الوصیه و الإرث و أخذ الصدقات و المهر و أروش الجنایات، فان أسباب الملک کثیره سوی التجاره. فان قلنا: إن الاستثناء منقطع فلا إشکال، فانه تعالی ذکر هاهنا سببا واحد من أسباب الملک و لم یذکر سائرها، لا بالنفی و لا بإثبات. و إن قلنا: الاستثناء متصل کان ذلک حکما بأن غیر التجاره لا یفید الحل، و عند هذا لا بد إما من النسخ أو التخصیص.

متصل بوده «و إن تراضیتم» در تقدیر می باشد که این چنین می شود: «یا ایها الذین آمنوا لاَ تَأْکُلُوا أَمْوَالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْبَاطِلِ و ان تراضیتم [کالرّبا و غیره] إِلاَّ أَنْ تَکُونَ تِجَارَه عَنْ تَرَاضٍ مِنْکُمْ»؛ اکل مال به باطل نکنید هر چند رضایت داشته باشید، مگر رضایتی که از ناحیه ی تجارت باشد. بنابراین تجارت، استثناء از تراضی است و به نحو متصل می باشد.

ولی این توجیه درست نیست؛ زیرا تجارت عن تراضٍ که مصداق «أکل مال به باطل عن تراضٍ» نیست تا صرف نظر از استثناء، داخل در مستثنی منه بوده و با استثناء خارج شود.

توجیه دیگری(۱) که بعضی برای استثناء متصل ذکر کرده اند آن است که (بالباطل) متعلق به (لا تأکلوا) نبوده، بلکه جمله ی معترضه ای است [که در واقع برای بیان حال مستثنی منه بعد از خروج مستثنی وارد شده است، به این نحو]: «لاَ تَأْکُلُوا أَمْوَالَکُمْ بَیْنَکُمْ إِلاَّ أَنْ تَکُونَ تِجَارَه عَنْ تَرَاضٍ مِنْکُمْ، فإنّکم إن أکلتموها من غیر طریق التجاره کان أکلاً للمال بالباطل».(۲)

۱- المیزان فی تفسیر القرآن، ج ۴، ص۳۱۸: و ربما یقال: إن الاستثناء متصل و قوله: بِالْبَاطِلِ قید توضیحی جی ء به لبیان حال المستثنی منه بعد خروج المستثنی و تعلق النهی، و التقدیر: لا تأکلوا أموالکم بینکم إلا أن تکون تجاره عن تراض منکم فإنکم إن أکلتموها من غیر طریق التجاره کان أکلا بالباطل منهیا عنه کقولک: لا تضرب الیتیم ظلما إلا تأدیبا، و هذا النحو من الاستعمال و إن کان جائزا معروفا عند أهل اللسان إلا أنک قد عرفت أن الأوفق لسیاق الآیه هو انقطاع الاستثناء.

۲- محقق نائینی قدس سره - نیز وجهی را برای استثناء متصل ذکر کرده و آن را أظهر دانسته که شاید مرادشان همان توجیه مذکور است. (امیرخانی) • المکاسب و البیع (للمیرزا النائینی)، ج ۱، ص۱۳۵: ثم الاستثناء یحتمل أن یکون متصلا أو منقطعا فعلی الأول فالمستثنی منه عباره عن مطلق أکل الأموال، و کلمه «بِالْبَاطِلِ» خارجه عن المستثنی منه إنما جی ء بها للدلاله علی قسیم المستثنی فالمعنی (ح) انقسام أکل المال الی الباطل و غیره فالباطل هو ما إذا لم یکن تجاره عن تراض، و غیر الباطل ما کان بالاکتساب عن تراض و هذا المعنی هو الأظهر، لظهور الاستثناء فی الاتصال و علی الثانی فکلمه «بِالْبَاطِلِ» داخله فی المستثنی منه، و هذا ظاهر. • منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، ج ۱، ص۵۰: أو من المتّصل بأن یکون الاستثناء راجعا إلی مطلق الأکل و یکون معنی الآیه: لا تتصرفوا فی أموالکم بنحو من الأنحاء فإنّه باطل إلّا التّجاره عن تراض. سید خویی قدس سره - نیز در مصباح الفقاهه، ج ۲، ص۱۰۳ می فرماید: فان کان الاستثناء متصلا کما هو الظاهر و الموافق للقواعد العربیه کان مفاد الآیه: أنه لا یجوز تملک أموال الناس بسبب من الأسباب فإنه باطل إلا أن یکون ذلک السبب تجاره عن تراض.

این توجیه از توجیه قبلی أبرد و بلکه غلط بوده(۱) و تکلّف بی جایی است که هیچ ملزمی ندارد و از فصاحت قرآن کریم نیز به دور می باشد.

بنابراین دلیلی برای رفع ید از ظهور کریمه در استثناء منقطع وجود ندارد.

تفاوت استثناء متصل و منقطع در معنای کریمه

فخر رازی(۲) در تفسیرش می گوید: اگر استثناء به نحو منقطع باشد إفاده ی حصر حلّیت أکل در خصوص أکل بالتجاره عن تراض نمی کند؛ چراکه در این صورت دو جمله ی جدا از هم محسوب شده و دو مطلب افاده می کنند که یکی

۱- ولی با توضیحی که در المیزان و در کلمات محقق نایینی قدس سره - آمده، دیگر غلط و بارد نیست، هر چند ممکن است خلاف ظاهر باشد. (امیرخانی)

۲- مفاتیح الغیب، ج ۱۰، ص۵۷: و اعلم أنه کما یحل المستفاد من التجاره، فقد یحل أیضا المال المستفاد من الهبه و الوصیه و الإرث و أخذ الصدقات و المهر و أروش الجنایات، فان أسباب الملک کثیره سوی التجاره. فان قلنا: إن الاستثناء منقطع فلا إشکال، فانه تعالی ذکر هاهنا سببا واحد من أسباب الملک و لم یذکر سائرها، لا بالنفی و لا بإثبات. و إن قلنا: الاستثناء متصل کان ذلک حکما بأن غیر التجاره لا یفید الحل، و عند هذا لا بد إما من النسخ أو التخصیص.

می فرمایـد: (لا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ) و دیگری می فرماید: «الأکل بالتجاره عن تراضٍ لا بأس به» لذا نسبت به اسباب دیگر [نفیاً و اثباتاً] نظری ندارد و مهمل است. ولی اگر اسـتثناء به نحو متصل باشد إفاده ی حصـر می کند؛ زیرا در این صورت معنای کریمه چنین می شود: «أکل مال به هر نحوی باطل است مگر این که از طریق تجارت عن تراض باشد»؛ یعنی تنها مُخرج از أکل مال به باطل، از طریق تجارت عن تراض است و طرق دیگر مانند هبه، وصـیت، ارث و ... همه مشـمول (لا تأکلوا) بوده و أکـل مال به آن، أکل مال به باطل می باشـد. ولی از آن جا که می دانیم طرق دیگر نیز موجب حلّیت أکل می شود ناچاریم بگوییم کریمه نسخ شده یا به موارد زیادی تخصیص خورده است.(۱)

محقق اردبیلی قـدس سره – نیز در زبـده البیان فی أحکام القرآن(۲) فرموده است: اگر اسـتثناء به نحو متصل باشـد باید آیه ی شریفه را تأویل کرد.

امّا همان طور که بیان کردیم کریمه ظهور در استثناء منقطع دارد و هیچ مُلزمی

۱- نظیر این کلام را صاحب بلغه الفقیه (بحر العلوم، محمـد بن محمد تقی م:۱۳۲۶ه.ق) نیز بیان فرموده است: • بلغه الفقیه، ج ۲، ص۱۰۴: انه یضـعفه- مضافا الی لزوم الحذف و الإضـمار حینئذ- الالتزام بالنسخ أو کثره التخصـیص المسـتهجن لعدم حصـر أسـباب حـل الأکـل و الجواز بالمسـتثنی و هو التجـاره عن تراض، ضـروره انه- کمـا یحـل بـذلک- یحـل بالهبـات و الوقوف و الصدقات و الوصایا و أروش الجنایات و سائر النواقل الشـرعیه و الإباحات بقسـمیها الشـرعیه و المالکیه، فکیف یکون مطلق غیر التجاره عن تراض أکلا بالباطل، و لا کذلک علی المنقطع لرجوعه الی ذکر السبب الخاص لا حصر الأسباب به.

۲- زبـده البیـان فی أحکـام القرآن، ص۴۲۷: لو کـان الاسـتثناء متّصـلا لزم التأویل لعـدم حصـر التصـرّف المباح فی التجاره عن تراض، و هی إمّـا منصوبه علی أنّه خبر تکون و اسـمه ضـمیر التجاره أو الأکل و التصـرّف و شـبهه، و إمّا مرفوعه علی أن تکون تامّه و الظاهر أنّ المراد بالتجاره هی المعامله علی وجه التعویض مطلقا أو البیع و الشـراء من غیر قصـد الربا و بالتراضـی الّذی هو صفه التجاره صدور التجاره و المعامله عند العقد عن تراض و إذن و رضا من صاحبی المال لا إکراها و من غیر رضاهما.

بر حمل کریمه بر استثناء متّصل وجود ندارد که ناچار به تأویل کریمه شویم یا بگوییم کریمه نسخ شده یا نسبت به موارد زیادی تخصیص خورده است.

عدم تفاوت معنای کریمه با استثناء متصل و منقطع در نظر سید خویی قدس سره –

ولی سید خویی – رحمه الله علیه – فرموده(۱) است: استثناء چه به نحو متصل باشد و چه به نحو

۱- مصباح الفقاهه، ج ۲، ص۱۰۳: و علیه فان کان الاستثناء متصلا کما هو الظاهر و الموافق للقواعد العربیه کان مفاد الآیه أنه لا یجوز تملک أموال الناس بسبب من الأسباب فإنه باطل إلا أن یکون ذلک السبب تجاره عن تراض و إذن فتفید الآیه حصر الأسباب الصحیحه للمعامله بالتجاره عن تراض و إن کان الاستثناء منقطعا کانت الآیه ظاهره ابتداء فی بیان الکبری الکلیه لکل واحد من أکل المال بالباطل و التجاره عن تراض من غیر أن تتعرض للحصر، و علیه فلا- یمکن التمسک بها فیما لا یعد فی العرف من الأسباب الباطله، و لا- من التجاره عن تراض. بل تکون الآیه بالنسبه إلیه مهمله. و لکن یمکن إثبات دلاله الآیه علی الحصر حینئذ بالقرینه المقامیه بدعوی أن اللّه (تعالی) بصدد بیان الأسباب المشروعه للمعاملات، و تمییز وجهها الصحیح عن وجهها الباطل، و لا ریب أن الإهمال مما یخل بالمقصود فلا محاله یستفاد الحصر من الآیه بالقرینه المقامیه و إذن فالآیه مسوقه لبیان حصر الأسباب الصحیحه للمعاملات فی التجاره عن تراض سواء أ کان الاستثناء متصلا أم کان منقطعا و علی کلا التقدیرین فتدل الآیه بالمطابقه علی صحه البیع المعاطاتی، و کونه مفیدا للملک، فان عنوان التجاره عن تراض ینطبق علیه عرفا. ... و قد ذکر المحقق صاحب البلغه: أنه لو کان الاستثناء فی آیه التجاره عن تراض متصلا لزم من ذلک إما القول بالنسخ أو القول بکثره التخصیص المستهجن، بداهه أن أسباب حل الأکل لیس منحصرا بالتجاره عن تراض، بل یحل ذلک بالهبات و الوقوف و الصدقات و الوصایا و أروش الجنایات و سائر النواقل الشرعیه و الإباحات. سواء أ کانت الإباحه مالکیه، أم کانت شرعیه و إذن فلا ملازمه بین أکل المال بالباطل، و بین ما لا یکون تجاره عن تراض انتهی ملخص کلامه. و یتوجه علیه أن جمله من الأمور التی ذکرها المحقق المزبور لیست مقابله للتجاره عن تراض، بل هی قسم منها، کالهبات التی منها الصدقات المستحبه و الوصایا بناء علی اعتبار القبول فیها، و سائر النواقل الشرعیه کالإجاره و الجعاله و نحوهما. و جمله منها و إن کانت خارجه عن حدود التجاره عن تراض- کالوقوف و الإباحات و الوصایا بناء علی عدم اعتبار القبول فیها- و لکن الالتزام بخروجها عن ذلک لا یستلزم کثره التخصیص، بداهه أن الباقی تحت العام أکثر من الخارج. و یضاف إلی ما ذکرناه: أن المستثنی منه فی الآیه إنما هو أکل مال غیره بعنوان التملک: بأن یتملک الإنسان باختیاره مال غیره بغیر التجاره عن تراض، و ما لا- یکون کذلک- کالوقوف و الزکوات و الأخماس و المال الموصی به وصیه تملیکه بناء علی عدم اعتبار القبول فیها و أروش الجنایات- خارج عن حدود المستثنی و المستثنی منه تخصصا لا تخصیصا.

منقطع، کریمه مفید حصر است. وجه إفاده ی حصر در صورتی که استثناء به نحو متصل باشد همان است که بیان شد، امّا اگر به نحو منقطع باشد از قرینه ی مقامیه استفاده ی می شود؛ چراکه سیاق کریمه در صدد اعطاء دو ضابطه ی سلبی و اثباتی به نحو کلی و فراگیر [برای بیان اسباب مشروع و غیر مشروع معاملات و تمییز وجه صحیح از باطل] می باشد، بخش نفیی کریمه یعنی (لا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ) در مقام بیان قاعده ی کلی اسباب غیر مشروع معاملات است و بخش اثباتی کریمه یعنی (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ مِنْكُمْ) در مقام بیان قاعده ی کلی اسباب مشروع معاملات است. پس اسباب غیر مشروع معاملات، اسباب باطل است و اسباب مشروع معاملات، تجارت عن تراض است. بنابراین استثناء (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ مِنْكُمْ) گرچه به نحو منقطع است، ولی چون در صدد إعطاء قاعده ی کلی اسباب مشروع معاملات می باشد به قرینه ی مقامیه استفاده می شود که اسباب مشروع معاملات منحصر در تجارت عن تراض است؛ زیرا إهمال در مقام إعطاء قاعده مضرّ به مقصود است. پس معلوم می شود کریمه اسباب مشروع معاملات را منحصر در تجارت عن تراض می کند؛ یعنی أکل مال یکدیگر، یا به باطل است یا به تجارت عن تراض. بنابراین أکل مال به غیر تجارت عن تراض أکل مال به باطل است.

سید خویی قدس سره - به تبع صاحب جواهر و مقدس اردبیلی قدس سرهما - معنای تجارت را نیز توسعه داده و به مطلق معاوضه معنا می کنند؛ نه بیع و شراء، تا اشکال نسخ یا تخصیص اکثر لازم نیاید و بتواند قاعده ی کلی برای بیان اسباب مشروع معاملات باشد.

نقد کلام سید خویی قدس سره –

فرمایش سید خویی قدس سره – تمام نیست؛ زیرا دلیلی بر این که کریمه در مقام بیان قاعده ی عام فراگیر باشد وجود ندارد، بلکه خصوص تجارت را می خواهد بیان کند؛ چراکه تجارت مهم ترین عنصر تبادل از قدیم تا به امروز بوده و در ذهن بعضی این توهم(۱) بوده که تجارت نیز أکل مال به باطل است، به همین خاطر

۱- حضرت استاد دام ظله در ابتدای مکاسب محرمه در توضیح توهم باطل بودن تجارت فرموده اند: عموم مردم، نوع کارها و مشاغل را مفید و ارزشمند می دانند. زراعت و کشاورزی، بنّایی، آهنگری، نانوایی و... همه از اموری هستند که با کَدّ یمین و عرق جبین روزی را کسب می کنند. امّا در مورد تجارت، در بین مردم شبهه ای وجود دارد و بسیاری بر این عقیده اند که تجّار، بدون آن که عمل مفیدی انجام دهند و زحمتی بکشند صاحب مال و منال می گردند. از دستی می گیرند و به دستی می دهند و در این میان بهره ی فراوانی عائد آن ها می شود. در نتیجه عمل آن ها فاقد ارزش بوده و باطل است. این مطلب در اوائل انقلاب اسلامی زمانی که تفکرات کمونیستی و سوسیالیستی کم و بیش در بین عدّه ای رواج داشت، بیشتر به چشم می خورد. در صدر اسلام نیز این توّهم وجود داشت که تجارت جزء امور باطل قرار بگیرد. لذا خداوند متعال برای رفع این توهّم، تجارت را تخصیص به ذکر فرموده و چنین شبهه ای را مرتفع می سازد. امّا افرادی که نسبت به علم اقتصاد احاطه دارند می دانند که تجارت، در اقتصادِ یک جامعه رکن است و از أهمّیت بسیار بالایی برخوردار می باشد. هر چند تولیدات زراعی و صنعتی در اقتصاد یک جامعه لازم و ضروری است، امّا چرخه ی اقتصاد زمانی کامل می گردد که پای تجارت به میان بیاید. تجارت است که محصولات تولیدیِ منطقه ای را به سایر بلاد و مناطق منتقل می کند و از آن جا لوازم و کالاهای مورد نیاز را جلب کرده، تولیدات را به طور مناسب در طول زمان توزیع می کند، به نحوی که چه بسا محصول تابستان، زمستان در دسترس مردم قرار می گیرد. بدین ترتیب سبب رونق بازارِ اقتصادِ جامعه می گردد. برای درک بهتر این مطلب به فرمایش امیرالمؤمنین علیه السلام – به مالک اشتر نخعی، زمانی که وی را به حکومت مصر منصوب می فرمودند، بسنده می کنیم. ایشان می فرمایند: «تو را سفارش می کنم به تجارت پیشگان و صاحبان صناعات که اینان جُلّاب منافع و مرافق از جاهای دورند»*. گرچه پس از آن می فرمایند: «در عدّه ای از ایشان ضیق فاحش و بخل عظیم است» امّا در عین حال تجارت را بسیار مهم قلمداد می فرمایند. به همین خاطر، خداوند متعال برای رفع این توهّم که برخی، تجّار را مفت خور می دانستند، تجارت را تخصیص به ذکر کرده و می فرماید: اموال را بین خود به باطل نخورید، مگر آن که به واسطه ی تجارتِ با تراضی باشد. * «ثُمَّ اسْتَوْصِ بِالتُّجَّارِ وَ ذَوِی الصِّنَاعَاتِ وَ أَوْصِ بِهِمْ خَیْراً الْمُقِیمِ مِنْهُمْ وَ الْمُضْطَرِبِ بِمَالِهِ وَ الْمُتَرَفِّقِ بِبَدَنِهِ فَإِنَّهُمْ مَوَادُّ الْمَنَافِعِ وَ أَسْبَابُ الْمَرَافِقِ وَ جُلَّابُهَا مِنَ الْمَبَاعِدِ وَ الْمَطَارِحِ فِی بَرِّکَ وَ بَحْرِکَ وَ سَهْلِکَ وَ جَبَلِکَ وَ حَیْثُ لَا یَلْتَئِمُ النَّاسُ لِمَوَاضِعِهَا وَ لَا یَجْتَرِءُونَ عَلَیْهَا فَإِنَّهُمْ سِلْمٌ لَا تُخَافُ بَائِقَتُهُ وَ صُلْحٌ لَا تُخْشَی غَائِلَتُهُ وَ تَفَقَّدْ أُمُورَهُمْ بِحَضْرَتِکَ وَ فِی حَوَاشِی بِلَادِکَ وَ اعْلَمْ مَعَ ذَلِکَ أَنَّ فِی کَثِیرٍ مِنْهُمْ ضِیقاً فَاحِشاً وَ شُحّاً قَبِیحاً وَ احْتِکَاراً لِلْمَنَافِعِ وَ تَحَکُّماً فِی الْبِیَاعَاتِ وَ ذَلِکَ بَابُ مَضَرَّةٍ لِلْعَامَّةِ وَ عَیْبٌ عَلَی الْوُلَاةِ فَامْنَعْ مِنَ الِاحْتِکَارِ فَإِنَّ رَسُولَ اللَّهِ۹ مَنَعَ مِنْهُ وَ لْیَکُنِ الْبَیْعُ بَیْعاً سَمْحاً بِمَوَازِینِ عَدْلٍ وَ أَسْعَارٍ لَا تُجْحِفُ بِالْفَرِیقَیْنِ مِنَ الْبَائِعِ وَ الْمُبْتَاعِ فَمَنْ قَارَفَ حُکْرَةً بَعْدَ نَهْیِکَ إِیَّاهُ فَنَکِّلْ بِهِ وَ عَاقِبْهُ [مِنْ] فِی غَیْرِ إِسْرَافٍ». (نهج البلاغه «للصبحی صالح»، ص۴۳۸)

خداوند متعال خصوص تجارت را إفراد به ذکر کرده که چون استثناء منقطع است کأنّ فرموده است: «التّجاره عن تراضٍ لا بأس بها».

قید (عن تراضٍ) توضیحی است یا احترازی؟

مسأله ی دیگری که در این جا مطرح می شود آن است که در بطن تجارت، تراضی نیز وجود دارد و بدون تراضی تجارت صادق نیست، پس قید (عن تراضٍ) چرا دوباره در کریمه ذکر شده است؟

پاسخ های متعددی به این سؤال می توان داد، از جمله:

۱. شاید این قید، احتراز از «تجارت مُکرَه» باشد؛ زیرا ممکن است در لغت «تجارت» بر آن اطلاق شود.

۲. این قید برای تأکید این که در تمام أجزاء و شروط معامله باید تراضی باشد، ذکر شده است؛ چون در معرض این بوده که در بعضی موارد رعایت نشود؛ مثلاً بعضی فکر می کنند همین که در اصل معامله تراضی وجود داشته باشد حلّیت تصرف دارد هر چند در قیمت آن تراضی نباشد!

۳. بعضی(۱) نیز احتمال داده اند (عن تراضٍ) خبر دوم برای (تَکُونَ) باشد، هر چند خلاف ظاهر است؛ یعنی در حقیقت چنین می باشد: «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَه و إلّا أن تكونَ عَنْ تَرَاضٍ» که در این صورت دو مُبیح برای أکل مال ذکر فرموده که یکی تجارت است و دیگری هر معامله ی عن تراض دیگر مانند: مضاربه، مساقات، إجاره، هبه و ... .

نحوه ی استدلال به کریمه برای اثبات صحت و افاده ی ملکیّت معاطات

کریمه در صدد إمضاء تجارت عرفی است که مفید ملک می باشد. با إمضاء تجارت، مقوّمات آن نیز که بیع و شراء باشد ضمناً مورد امضاء قرار گرفته و مفید ملک می باشد. بنابراین هر یک از بیع و شراء معاطاتی نیز از آن جا که «بیع» و «شراء»

۱- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص۳۶۴: و أمّا سیاق التحدید الموجب لثبوت مفهوم القید، فهو مع تسلیمه مخصوص بما إذا لم یکن للقید فائده أُخری، ککونه وارداً مورد الغالب، کما فیما نحن فیه و فی قوله تعالی وَ رَبائِبُکُمُ اللّاتِی فِی حُجُورِکُمْ، مع احتمال أن یکون «عن تراضٍ» خبراً بعد خبر ل «تکون» علی قراءه نصب «التجاره» لا قیداً لها و إن کان غلبه توصیف النکره تؤیّد التقیید فیکون المعنی: إلّا أن یکون سبب الأکل «تجاره»، و تکون «عن تراضٍ». • المکاسب و البیع (للمیرزا النائینی)، ج ۲، ص۳۳: الاحتمالات التی ذکرها فی الآیه المبارکه ثلاثه (الأول) ... (الثالث) ان یکون قوله تعالی (عَنْ تَراضٍ) فی محل النصب لکی یکون خبر بعد خبر لقوله یکون إذ اسمه مقدر و هو الأکل. و کلمه تجاره منصوبه علی ان تکون خبرا و تکون کلمه عن تراض خبرا بعد خبر فیصیر المعنی بیان طریق حل الأکل و انه علی طریقین و هما التجاره و الرضا اعنی اذن المالک بالأکل. و علیه فلا تدل الآیه علی اعتبار الرضا فی التجاره، و الاستدلال بالآیه علی اعتبار الرضا یتم بأحد الاحتمالین الأولین. و قد نسبه بعض المشایخ قدس سره - إلی [بعض] المفسّرین و لم نجده: • إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۲، ص۲۳۵: و قد ذکر المفسرین ان قوله سبحانه عَنْ تَراضٍ فی قوله إِلّا أَنْ تَکُونَ تِجارَهً عَنْ تَراضٍ خبر بعد خبر و هذا شاهد علی ان التراضی المعاملی یعم جمیع المعاملات و ان التجاره أحد أفرادها.

بر آن صادق است و می توانـد به عنوان مقوم تجارت واقع شود یا اگر تکرار شود مصـداق تجارت می باشـد، پس مورد امضاء کریمه قرار گرفته و مفید ملک می باشد.

و اگر (عن تراضٍ) خبر بعـد از خبر باشـد می توان به آن نیز برای اثبـات افـاده ی ملکیت معاطـات تمسّک کرد؛ چراکه در این صورت کریمه می فرمایـد: هر نوع اکلی که ناشـی از تراضـی باشد هر چند أکلی که متوقف بر ملک باشد، مانند وطی جاریه، عتق رقبه و ... جایز می باشد؛ زیرا معاطات نیز مبادله ی عن تراض است. پس مفید ملکیت می باشد.

بله آن شـبهه ای که مرحوم شـیخ در تصـرفات متوقف بر ملـک فرمود که آناًمـا قبل از تصـرف، ملکیت حاصل می شود؛ نه از ابتـدا، در این جا نیز مطرح می شود که اگر آن شـبهه قابل پاسـخ نباشـد دیگر نمی توان به (عن تراضٍ) علی فرض این که خبر بعد از خبر باشد تمسّک کرد.

۳) آیه ی شریفه ی (أوفُوا بالعُقُود)

اشاره

سـومین کریمه ای که می توان برای اثبـات إفـاده ی ملکیت معاطـات به آن تمسّـک کرد آیه ی شـریفه ی (أوفُوا بِـالعُقُود)(۱) است.

در ابتـدای مکاسب محرّمه که آیات مفیـد قواعد کلیه در باب معاملات را بررسـی کردیم، این کریمه را بیشتر از آیات مبارکه ی دیگر مـورد بحث قرار دادیم؛ چـون بعضـی از اعـاظم خصوصـاً محقق نراقی قـدس سـره - تشـکیکاتی را در تمسّـک به این کریمه ابراز کرده بودند که لازم بود مورد بررسی قرار گیرد تا ابهامات زدوده گردد.

۱- سوره ی مبارکه ی المائده، آیه ی ۱: (یا أَیُّهَا الَّذینَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَکُمْ بَهیمَهُ الْأَنْعامِ إِلَّا ما یُتْلی عَلَیْکُمْ غَیْرَ مُحِلِّی الصَّیْدِ وَ أَنْتُمْ حُرُمٌ إِنَّ اللَّهَ یَحْکُمُ ما یُرِیدُ).

در آن جا بیان کردیم که «عقد»(۱) به معنای «بستن» است و هر قراردادی چون بستن بر آن صدق می کند عقد گفته می شود. در عقد لازم نیست دالّ آن لفظ باشد، بلکه غیر لفظ هم باشد در صورتی که صدق قرار و بستن کند کفایت می کند. بنابراین با معاطات نیز در صورتی که قرینه ی واضحی وجود داشته باشد که اراده ی إنشاء بیع کرده، عقد حاصل می شود.

کریمه ی (أوفُوا بِالعُقُود) بیان می کند هر قراردادی که بستید به آن وفا کنید و مقتضای آن را به اتمام برسانید و به آن پایبند باشید. الدرهم الوفی یعنی الدرهم التمام(۲). پس کریمه بالمطابقه حکم تکلیفیِ پایبند بودن به مقتضای عقد را بیان می کند و بالملازمه دالّ بر صحت وضعی عقد است؛ چراکه التزام عملی و تکلیفی به مفاد عقد، وجه دیگری عرفاً جز صحت وضعی عقد ندارد و این نظیر کنایه است که با ذکر ملزوم اراده ی لازم می شود، مانند «زیدٌ کثیر الرماد»، «رحب الفِناء»، «مهزول الفصیل» و ... که مراد سخاوت و بخشندگی زید است، ولی فرقی که ما نحن فیه با کنایه دارد آن است که در کنایه، ملزوم و معنای مطابقی کلام، مقصود به افاده نیست، لذا ممکن است زید اصلاً رماد نداشته باشد یا درگاه خانه اش تنگ

۱- لسان العرب، ج ۳، ص۲۹۶: العَقْد: نقیض الحَلِّ. • المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، ج ۲، ص۴۲۱: عَقَدْتُ: الْحَبْلَ (عَقْداً) مِنْ بَابِ ضَرَبَ (فَانْعَقَدَ) وَ (الْعُقْدَهُ) مَا يُمْسِكُهُ وَ يُوثِقُهُ وَ مِنْهُ قِيلَ (عَقَدْتُ) الْبَيْعَ وَ نَحْوَهُ و (عَقَدْتُ) الْيَمِينَ و (عَقَّدْتُهَا) بِالتَّشْدِيدِ تَوْكِيدٌ و (عَاقَدْتُهُ) عَلَى كَذَا و (عَقَدْتُهُ) عَلَيْهِ بِمَعْنَى عَاهَدْتُهُ.

۲- تاج العروس من جواهر القاموس، ج ۲۰، ص۳۰۱: و وَفَى الشَّی ءُ وُفِيّاً، کصُلِیٍّ: أَی تَمَّ و کَثُرَ؛ نقلَهُ الجَوْهری؛ فهو وَفِیٌّ و وافٍ بمعْنًی واحِدٍ، و فی الصِّحاح الوَفِیُّ: الوَافِی، انتَهَی. و کلُّ شی ءٍ بَلَغَ تمامَ الکَمالِ فقد وَفَی و تَمَّ و منه وَفَی الدَّرْهَمُ المِثْقالَ إذا عَدَلَهُ فهو وافٍ.

باشد یا فصیلی نداشته باشد، ولی چون بخشنده و اهل سخاوت است کلام صحیح بوده و کذب نیست. امّا در ما نحن فیه معنای مطابقی کریمه که دالّ بر لزوم پایبندی عملی و تکلیفی به مفاد عقد است مقصود به افاده می باشد.(۱)

بنابراین از آن جا که در عرف لازم نیست دالّ بر عقد لفظ باشد، بلکه با فعل و کتابت نیز عقد محقّق می شود، پس معاطات نیز مشمول کریمه بوده که به دلالت مطابقی بیان می کند به مقتضای آن پایبند باشید البته در هر جایی که پایبندی به آن معقول باشد، مانند بیعت بر حمایت از امام علیه السلام -؛ نه مثل بیع که مشتمل بر التزام عملی نیست و به دلالت التزامی و کنایی دالّ بر صحّت و إفاده ی ملکیت آن می باشد.

وجه عدم تمسک شیخ قدس سره – به کریمه برای اثبات صحت و افاده ی ملکیت معاطات

نکته ی این که جناب شیخ قدس سره - برای اثبات صحت و افاده ی ملکیت معاطات(۲) به این

۱- إن قلت: تکلیف عقودی که در بردارنده ی التزام عملی نیست مانند بیع چه می شود؟ آیا این عقود، مقصود اصلی سخن در دلالت مطابقی نبوده اند؟ چون بیع مفید وضع است؛ نه تکلیف، به خلاف عقد بر انجام یا ترک عملی مثل بیعت بر حمایت از امام علیه السلام -. قلت: در آیه ی مبارکه، تنها ذکر ملزوم مراد نبوده بلکه افاده ی لازم نیز مورد نظر و مقصود به افاده است. بنابراین اگر معنای مطابقیِ آن در جایی قابل تطبیق نباشد به افاده ی معنای لازم ضربه ای نمی زند. نظیر آن جا که اگر در موردی معنای کنایی نبود ضربه ای به این که ملزومش مراد است، نمی زند. با این تفاوت که در کنایه امکان دارد که معنای مطابقی اصلاً اراده نشود، ولی در (أوفوا بالعقود) معنای مطابقی هم مراد است، ولی مانعی ندارد در مواردی که امکان اراده ی معنای مطابقی نباشد معنای مطابقی اراده نشود و تنها معنای لازمش اراده گردد. به تعبیر دیگر، (أوفوا بالعقود) به دلالت مطابقی، آن چه را که قابل التزام عملی نیست [مانند بیع] شامل نمی شود، ولی بالکنایه، یعنی با معنای کنایی و التزامی، شامل چنین مواردی هم می شود و بیان گر لزوم عقد بیع، عقد نکاح و امثال آن هم هست، هر چند التزام عملی نداشته باشد.

۲- هر چند برای اثبات لزوم بیع معاطاتی، آیه ی شریفه مورد استدلال شیخ قرار گرفته است.

کریمه تمسک نکرده اند شاید این باشد که ایشان در این جا تسلیم اجماع(۱) شده اند که معاطات مفید لزوم نیست، لذا معاطات را مشمول دلالت مطابقی کریمه که مفید لزوم عقد می باشد نمی دانند. بنابراین از آن جا که ایشان معتقدند حکم وضعی از حکم تکلیفی انتزاع می شود نمی توانند برای اثبات صحت و مفید ملک بودن معاطات به این کریمه تمسک کنند؛ چون همان طور که بیان کردیم حکم تکلیفی کریمه را شامل معاطات نمی دانند تا بتوانند حکم وضعی را از آن انتزاع کنند.

امّا ما [علی فرض قبول اجماع نیز] می توانیم برای اثبات صحت معاطات به کریمه تمسّک کنیم؛ زیرا بیان کردیم که کریمه بالملازمه و بالکنایه مفید صحت است، لذا مانعی ندارد در مواردی که دلالت مطابقی کریمه منطبق بر موضوع نیست دلالت التزامی آن منطبق باشد؛ چراکه دلالت التزامی کریمه شبیه کنایه بوده و این خصوصیت را دارد که حتی در جایی که دلالت مطابقی و ملزوم صادق نباشد می تواند دلالت التزامی و لازم صادق باشد.

توضیح مطلب این که در اصول، بحثی مطرح است که آیا دلالت التزامی حدوثاً و بقاءاً تابع دلالت مطابقی است یا خیر؟ بعضی(۲) قائل شده اند دلالت

۱- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص۴۱: و أما دعوی الإجماع فی کلام بعضهم علی عدم کون المعاطاه بیعا کابن زهره فی الغنیه ف مرادهم بالبیع المعامله اللازمه التی هو أحد العقود.

۲- محاضرات فی أصول الفقه، ج ۳، ص۷۳: ان اللازم و ان کان تابعاً للملزوم فی مقام الثبوت و الإثبات، إلا انه لیس تابعاً له فی مقام الحجیه. و الوجه فیه هو ان الإخبار عن الملزوم ینحل إلی إخبارین: أحدهما اخبار عن الملزوم، و الآخر اخبار عن اللازم، و دلیل الاعتبار یدل علی اعتبار کلیهما معاً، و عندئذ إذا سقط الاخبار عن الملزوم عن الحجیه من جهه قیام دلیل أقوی علی خلافه فلا وجه لرفع الید عن الإخبار عن اللازم، لعدم المانع له أصلا. و فیما نحن فیه و ان کان کشف الأمر عن وجود ملاک فی فعل تابعاً لکشفه عن وجوبه فی مقام الإثبات و الدلاله، إلا انه لیس تابعاً له فی مقام الحجیه، فان حکم العقل باعتبار القدره فی متعلق التکلیف، أو اقتضاء نفس التکلیف ذلک الاعتبار إنما یصلح للتقیید بالقیاس إلی الدلاله المطابقیه فیوجب رفع الید عنها دون الدلاله الالتزامیه، و لا موجب لرفع الید عن إطلاقها أصلا. إذ المفروض ان کل واحد من الظهورین حجه فی نفسه، فرفع الید عن أحدهما لمانع لا یوجب رفع الید عن الآخر، فان رفع الید عنه بلا مقتض و سبب. و نتیجه ذلک عده أمور: الأول: ان الدلاله الالتزامیه تابعه للدلاله المطابقیه حدوثاً لا بقاء. الثانی: ... .

التزامی بقاءاً قابل تفکیک از دلالت مطابقی است؛ یعنی اگر در جایی دلالت مطابقی در بقاء ساقط شد لزومی ندارد که دلالت التزامی نیز ساقط شود، بلکه همچنان می تواند باقی باشد. امّا ما در آن جا با آن مخالفت کردیم و گفتیم(۱): دلالت

۱- تقریرات دروس خارج اصول حضرت آیت الله مدرسی یزدی، سال چهارم (۸۷-۸۶)، ص۱۲: در دلالت های التزامی معمول، نمی توان پذیرفت که دلالت التزامی در حجیت تابع دلالت مطابقی نیست؛ زیرا دلالت التزامی اساساً از مدلول مطابقی گرفته شده و عرفاً و عقلاً از مدلول مطابقی خود تبعیت دارد، و کأن متکلم می گوید اگر کلام من در مدلول مطابقی صحیح بود، این مدلول مطابقی ملازمه ای دارد که آن هم صحیح خواهد بود، اما اگر مدلول مطابقی کلام من صحیح نبود دلالت التزامی من نیز صحیح نخواهد بود. مثلاً فرض کنید متکلمی می گوید این جا آتشی شعله ور است، دلالت التزامی آن وجود حرارت و دود است. حال اگر حرف متکلم دروغ باشد و آتشی نباشد، آیا متکلم می تواند ادعا کند لازمه ی حرف من صحیح است و اگرچه آتش نیست امّا حرارت و دود وجود دارد؟ در واقع خود متکلم نیز این مطلب را نمی پذیرد. همچنین عقل ما می گوید اگر واقعاً آتشی که از آن خبر داده شده در کار نباشد لوازم آن آتش یعنی دود و حرارت نیز وجود ندارد، و اما حرارت و دود ناشی از علّت دیگر اصلاً در کلام، چیزی راجع به آن مطابقهً یا التزاماً به میان نیامده است. بنابراین از آن جا که دلالت التزامی فرع دلالت مطابقی است و منوط به صدق دلالت مطابقی است لهذا اگر در جایی دلالت مطابقی از حجیت ساقط شود، دلیلی نداریم که دلالت التزامی بر حجیت خود باقی است و به تعبیر دیگر دلالت التزامی حصه ی خاصه ای که ملازم با مدلول مطابقی است به ما می نمایاند (حداقل در جایی که قابل تحصیص است) لذا اگر دلالت مطابقی ثابت نبود، آن حصه ی خاصه نیز ثابت نخواهد بود و سایرحصه ها نیز ربطی به دلالت التزامی نخواهد داشت. بنابراین کبرای مسأله را نمی پذیریم و در مثال خبرین متعارضین نیز آن سخن را قبول نداریم که دو خبر متعارض علی الاطلاق با دلالت التزامی نفی نماز ثالث کنند؛ زیرا دلالت التزامی آن ها در اصل این گونه است که اگر نماز جمعه واجب باشد و این خبر صحیح باشد نماز وحدت واجب نیست، اما اگر این خبر کذب باشد در مورد نماز وحدت، دلالتی ندارد. همچنین روایت دیگر می گوید اگر نماز ظهر عند الزوال واجب باشد پس نماز وحدت واجب نیست، اما اگر نماز ظهر واجب نباشد در مورد نماز وحدت دلالتی ندارد. به تعبیر دیگر نفی ثالث علی تقدیر این است که دلالت مطابقی صحیح باشد ولی اگر دلالت مطابقی کاذب بود، در مورد نفی ثالث دلالتی ندارد. یک استثناء اگر دلالت التزامیه به گونه ای باشد که خودش از طریق التزام مقصود به إفاده باشد، در چنین حالتی با سقوط حجیت دلالت مطابقی، دلالت التزامی از حجیت ساقط نمی شود؛ زیرا این نکته در این گونه موارد نیست که بگوییم مدلول التزامی علی تقدیر صدق مدلول مطابقی ثابت است، بلکه خود مدلول التزامی مقصود به إفاده است و مدلول مطابقی تنها طریق إفاده ی مدلول التزامی است؛ نظیر آن چه در کنایه گفته می شود. همان گونه که در تعریف کنایه گفته اند: ذکر الملزوم و اراده اللازم، اساساً مقصود اصلی در کنایه همان لازم است؛ مثلاً وقتی می گویند «زیدٌ کثیرالرماد» (خاکستر زید زیاد است) لازمه ی کثرت خاکستر، سخاوت و مهمان نوازی زید است، یا زید طویل النجاد (بلندی غلاف شمشیر زید) کنایه از رشید بودن زید است و مثال های دیگر. در این موارد اصلاً مدلول مطابقی مقصود به إفاده نیست و حتی اگر دروغ هم باشد، دلالت التزامی آن می تواند مقصود قرار گیرد. حال اگر فرض کنید مدلول مطابقی در این گونه موارد نیز مقصود به إفاده باشد و به دلایلی دلالت مطابقی از حجیت ساقط شود، دلالت التزامی چون مستقلاً مقصود به إفاده بوده است

از حجیت ساقط نمی شود؛ زیرا تـابع دلالـت مطـابقی نبوده است. امّا آیا چنین موارد و مصادیقی وجود دارد؟ اگر وجود دارد بسـیار کم است. در واقع کنـایه را نمی توان مثال برای این موارد در نظر گرفت؛ زیرا در کنایه اصـلاً مـدلول مطابقی مقصود به إفـاده نیست و آن چه مقصود به إفاده است همان دلالت التزامی است و یا آن چه محل کلام ما می باشـد موردی است که هم مدلول مطابقی و هم مدلول التزامی هر دو مقصود به افاده باشد.

التزامی حدوثاً و بقاءاً تابع دلالت مطابقی است؛ زیرا حصّه ی خاصّی از مدلول التزامی با دلالت مطابقی اثبات می شود و با سقوط دلالت مطابقی به ناچار آن حصه از دلالت التزامی هم ساقط می شود.

امّا با این حال در ما نحن فیه می گوییم: دلالت التزامی بقاءاً تابع دلالت مطابقی نیست؛ چون دلالت التزامی کریمه شبیه کنایه بوده و این خصوصیت کنایه را دارد که با سقوط دلالت مطابقی نیز می تواند موجود باشد، بلکه حتی اگر حدوثاً نیز دلالت مطابقی نباشد دلالت التزامی کنایی می تواند موجود باشد. بنابراین با تمسّک به دلالت التزامی کریمه می توان اثبات صحت و افاده ی ملکیت معاطات نمود.

۴) تمسّک به روایت معروف «الناس مسلّطون علی أموالهم»

آخرین دلیلی که جناب شیخ(۱) به عنوان مستمسک صحت معاطات مطرح کرده، ولی مورد نقد قرار داده و چه بسا بعضی به آن تمسک کرده باشند روایت معروف «النّاس مسلّطون علی أموالهم» می باشد. اوّلین کتابی که ما دیدیم «النّاس مسلّطون علی أموالهم» را به عنوان روایت نقل کرده و به رسول الله– صلی الله علیه و آله و سلم – نسبت داده، الخلاف(۲) شیخ طوسی قدس سره – است، سپس الرسائل التسع(۳) محقق حلّی قدس سره –،

۱– المکاسب المحرمه (ط – الحدیثه)، ج ۳، ص۴۱: و أمّا قوله صلّی اللّه علیه و آله و سلم: «الناس مسلّطون علی أموالهم» فلا دلاله فیه علی المدّعی؛ لأنّ عمومه باعتبار أنواع السلطنه، فهو إنّما یجدی فیما إذا شکّ فی أنّ هذا النوع من السلطنه ثابته للمالک، و ماضیه شرعاً فی حقّه، أم لا؟ أمّا إذا قطعنا بأنّ سلطنه خاصّه کتملیک ماله للغیر نافذه فی حقّه، ماضیه شرعاً، لکن شکّ فی أنّ هذا التملیک الخاصّ هل یحصل بمجرّد التعاطی مع القصد، أم لا بدّ من القول الدالّ علیه؟ فلا یجوز الاستدلال علی سببیّه المعاطاه فی الشریعه للتملیک بعموم تسلّط الناس علی أموالهم، و منه یظهر أیضاً: عدم جواز التمسّک به لما سیجی ء من شروط الصیغه.

۲– الخلاف، ج ۳، ص۱۷۶: لیس لأصحابنا نص فی جواز إقراض الجواری، و لا أعرف لهم فیه فتیا، و الذی یقتضیه الأصول أنه علی الإباحه، ... و متی أقرضها ملکها المستقرض بالقرض، و یجوز له وطؤها إن لم تکن ذات رحم محرمه. و به قال داود، و محمد بن جریر الطبری. و قال الشافعی: یجوز اقراضها من ذی رحمها ... لأنه لا یجوز لهم وطؤها، فأما الأجنبی و من یجوز له وطؤها من القرابه فلا یجوز قولا واحدا. دلیلنا: أن الأصل الإباحه، و الحظر یحتاج الی دلیل. و أیضا الأخبار التی رویت فی جواز القرض ... و أیضا روی عن النبی۹ انه قال: «الناس مسلطون علی أموالهم». و قال: «لا یحل مال امرئ مسلم إلا بطیب نفس منه» ... .

۳– الرسائل التسع (للمحقق الحلی)، ص۳۰۷: إذا اشتری المغصوب مع علمه بذلک فقد أورد الأصحاب فی الکتب إذا أخذ المغصوب لم یرجع المشتری علی الغاصب، فهل یحلّ للغاصب ما أخذ أم یجب ردّه علی المشتری؟. الجواب: لا یحلّ للغاصب التصرّف فیه و لا یملکه و یجب ردّه علی المشتری. أمّا أنّه لا یحلّ فلقوله تعالی وَ لا تَأْکُلُوا أَمْوالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْباطِلِ و لما رواه سلیمان ... و أمّا أنّه یجب ردّه مع بقاء عینه إذا استعاد المغصوب منهن العین المغصوبه و التمس المشتری، فلأنّ العقد لم یفد الملک، لأنّه فاسد فیبقی علی ملک المشتری، فیکون له انتزاعه، لقوله علیه السّلام: الناس مسلّطون علی أموالهم، و لقوله علیه السّلام: لا یحلّ مال امرء مسلم إلّا عن طیب نفس منه.

کشف الرموز(۱) فاضل آبی قدس سره - و نهج الحق(۲) [و کتب فقهی(۳)] علامه قدس سره - است.(۴)

در میان عامه هم آن مقداری که ما تفحص کردیم چیزی دالّ بر این که به عنوان روایت تلقّی کرده باشند پیدا نکردیم. بله به عنوان قاعده در میان شیعه و سنّی کثیراًما به کار رفته و تلقی به قبول شده است.

۱- کشف الرموز فی شرح مختصر النافع، ج ۲، ص۳۸۳: و قال شیخنا فی بعض المواضع: نعم تمسّکا بأنّ العقد فاسد، فلا یفید الملک، فالثمن باق علی ملک مالکه، فله الانتزاع، لقوله علیه السلام: الناس مسلّطون علی أموالهم و هو قویّ. لکن الأکثرون علی الأوّل، و ما اعرف علیه دلیلا نقلیّا أو عقلیّا قویّا، بل نتبعهم تقلیدا لهم.
۲- نهج الحق و کشف الصدق، ص۵۰۳: ذهبت الإمامیه إلی أن الغاصب إذا صبغ الثوب کان له أجر صبغه و علیه أرش نقص الثوب. و قال أبو حنیفه إن صبغ الأبیض بغیر السواد تخیر المالک بین دفع الثوب إلیه و مطالبته بقیمته أبیض و بین أخذ ثوبه و دفع قیمه صبغه إلیه و إن کان قد صبغه بالسواد تخیر المالک بین دفع الثوب و مطالبته بقیمته أبیض و أخذ الثوب مصبوغا و لا شی ء علیه . و قد خالف العقل و النقل فإن العقل قاض بوجوب المقاصه و إنما یتم بما قلناه لا بدفع الثوب و إلزامه بقیمته. و کذا النقل لِأَنَّ النَّبِیَّ۹ قَالَ النَّاسُ مُسَلَّطُونَ عَلَی أَمْوَالِهِمْ فکان للغاصب أخذ صبغه و للمالک أخذ ثوبه.
۳- در تذکره الفقهاء، مختلف الشیعه و نهایه الإحکام که در بعضی جاها به پیامبر اکرم۹ نسبت می دهد و می فرماید: النبی۹ قال: «الناس مسلّطون علی أموالهم» و در بعضی جاها می فرماید: لقوله علیه السلام -: الناس مسلطون علی أموالهم.
۴- کتاب نهج الحق و کشف الصدق کتاب شریفی است که علامه قدس سره - برای اثبات حقانیت تشیع نگاشته است. این کتاب مورد نقد یکی از علماء بی انصاف، بی ادب و هتّاک عامه به نام قاضی روزبهان واقع شده است. دو نفر از علماء شیعه نیز به نام قاضی نور الله تستری و شیخ محمد حسین مظفّر برادر شیخ محمد رضا مظفر صاحب اصول فقه۴ به دفاع از نهج الحق برخاسته اند و دو کتاب إحقاق الحق و دلائل الصدق را نوشته اند که هر دو بسیار ارزشمند است. کتاب دلائل الصدق کتابی زیبا، قوی و مختصر است که مطالعه ی آن برای هر طلبه ای جالب و مفید می باشد.

به هر حال فرضاً اگر روایت بوده باشد از آن جا که مرسلاً نقل شده قابل اعتماد نیست. در مورد جبران ضعف سند با تلقی به قبول از ناحیه ی علماء نیز می گوییم:

اوّلاً: معلوم نیست که فقهاء به این روایت به عنوان روایت در فتاوایشان استناد کرده باشند.

ثانیاً: در اصول بیان کردیم دلیلی بر این که شهرت جابر ضعف سند باشد وجود ندارد؛ مگر در جاهای خاصی که مفید اطمینان به صدور روایت یا وثوق ناقلین آن شود که هیچ کدام در ما نحن فیه وجود ندارد.

به هر حال از آن جا که «النّاس مسلّطون علی أموالهم» به عنوان روایت یا به عنوان قاعده نزد عده ای تلقّی به قبول شده و شیخ قدس سره – هم در این جا مطرح کرده و در لسان حقوق دانان نیز فراوان استفاده می شود، بهتر است از لحاظ دلالت نیز مورد بررسی قرار دهیم.

مناقشه ی شیخ قدس سره – در دلالت حدیث سلطنت بر مدّعا

مرحوم شیخ(۱) می فرماید: حدیث سلطنت دلالتی بر مدعا ندارد و نمی توان با تمسّک به آن اثبات صحت و افاده ی ملکیّت معاطات کرد؛ چراکه «النّاس مسلّطون علی أموالهم» بیان می کند «مالکان بر اموال خود دارای انواع سلطنت می باشند» لذا اگر سلطنت مالک نسبت به نوعی از آن مانند بیع، هبه، إجاره و ... شک شود که

۱- المکاسب المحرمه (ط – الحدیثه)، ج ۳، ص ۴۱: و أمّا قوله۹: «الناس مسلّطون علی أموالهم» فلا دلاله فیه علی المدّعی؛ لأنّ عمومه باعتبار أنواع السلطنه، فهو إنّما یجدی فیما إذا شکّ فی أنّ هذا النوع من السلطنه ثابته للمالک، و ماضیه شرعاً فی حقّه، أم لا؟ أمّا إذا قطعنا بأنّ سلطنه خاصّه کتملیک ماله للغیر نافذه فی حقّه، ماضیه شرعاً، لکن شکّ فی أنّ هذا التملیک الخاصّ هل یحصل بمجرّد التعاطی مع القصد، أم لا ـ بدّ من القول الدالّ علیه؟ فلا یجوز الاستدلال علی سببیّه المعاطاه فی الشریعه للتملیک بعموم تسلّط الناس علی أموالهم، و منه یظهر أیضاً: عدم جواز التمسّک به لما سیجی ء من شروط الصیغه.

مثلاً زیـد مالک خانه آیا می توانـد خانه اش را بفروشـد یا هبه کنـد، می توان به عموم «النّاس مسلّطون علی أموالهم» تمسـک کرد و گفت زید سـلطنت مذکور را دارد. امّا اگر اصل سلطنت معلوم بود ولی در حصول آن با سبب خاص شک داشتیم؛ مثلاً می دانیم مالـک می توانـد مـالش را به غیر بفروشـد امّا نمی دانیم آیا این بیع با معاطات نیز حاصل می شود و معاطات سـببیت برای تملیـک دارد یا خیر، نمی توان با تمسّک به عموم «النّاس مسلّطون علی أموالهم» اثبات کرد که معاطات سـببیت برای بیع دارد. کمـا این که اگر در شـرائط صـیغه شک داشتیم که آیا عربیت لازم است یا خیر، نمی توان با تمسک به حـدیث سـلطنت اثبات کرد عربیت شرط نیست.(۱)

بنابراین در جایی می توان به حدیث سـلطنت تمسک کرد که فقط شک در ثبوت نوع خاصـی از سلطنت برای مالک باشد که بـا تمسّـک به حـدیث می تـوان گفت آن مالـک سـلطنت مـذکور را دارد، امّـا اگر شـک در سـببیّت امر برای نـوع خاصـی از معاملات بود نمی توان با استدلال به این حدیث مشروعیت آن را اثبات کرد.

بنـابراین از آن جـا که در ما نحن فیه شک در مشـروعیت معاطات به عنوان سـبب ایجاد ملکیت وجود دارد که آیا معاطات می توانـد جای صـیغه ی بیع قرار گیرد یا نه، نمی توان به حدیث سـلطنت تمسک کرده و مشـروعیت آن را اثبات نمود و تقریباً به همین جهت است که در لسان بعضی(۲) چنین آمده که حدیث

۱- این توضـیحی درباره ی عبارت شـیخ است که از ظاهر اولیه ی عبارت استفاده می شود، اما می توان به گونه ی دیگری نیز توضیح داد که رافع بعض اشکالات محشّین باشد، ولی مجاراتاً للقوم به همین نحو بحث را ادامه می دهیم.

۲- فقه الإمامیه، قسم الخیارات (للمیرزا حبیب الله)، ص۱۳۷: أن السلطنه علی الأموال انما یدل علی نفوذ التصرفات فی الجمله و لو بالأسـباب الشـرعیه، إذ لیس بنفسه مشـرعا. • المکاسب و البیع (للمیرزا النائینی)، ج ۱، ص۱۳۶: (نعم) یمکن أن یتمسـک به [حدیث السلطنه] فی موردین آخرین ... إلا أن الأقوی أیضا فساده و ذلک لما عرفت من أنه لیس مشرّعا.

«النّاس مسلّطون علی أموالهم» مُشرّع نیست، بلکه تسلّط مشروع را برای همه ی مالکان تعمیم می دهد.

موضع أعلام در دلالت حدیث سلطنت

اشاره

حدیث سلطنت بسیار مورد توجه أعلام أعم از محشّین مکاسب و غیر محشّین قرار گرفته و بعضی نیز به آن اعتماد کرده اند. از آن جا که این روایت کاربرد فراوانی دارد چنان که شیخ هم اشاره فرمودند و عده ای در بحث شروط صیغه، در بحث ولایت متعاقدین و به طور کلی هر جا سلطنتی که مورد پذیرش عرف است شرعاً مورد شک بود، به حدیث سلطنت تمسک کرده اند، بدین جهت لازم است به آن رسیدگی کرده و کلمات أعلام را مورد بررسی قرار دهیم.

بعضی از أعلام همانند شیخ قدس سره - تمسّک به حدیث سلطنت در شک در اسباب انواع سلطنت را نپذیرفته اند و بلکه پا را فراتر گذاشته و تمسک به حدیث در شک در انواع سلطنت را نیز جایز ندانسته اند؛ یعنی با این که شیخ فی الجمله پذیرفته است که حدیث سلطنت می تواند در شک در نوعی از انواع معامله مستند قرار گیرد و فقط در شک در اسباب انواع معاملات نمی تواند مرجع واقع شود که بعضی(۱) در توضیح کلام شیخ تعبیر کردند حدیث سلطنت اطلاق کمّی دارد

۱- مصباح الفقاهه، ج ۲، ص۱۰۱: ما ذکره المصنف و حاصله: أن عموم الحدیث إنما هو باعتبار أنواع السلطنه- کالبیع و الإجاره و الهبه و الصلح و غیرها- و إذا شککنا فی مشروعیه نوع منها- کالمزارعه و المضاربه و المساقاه مثلا- تمسکنا بعموم الحدیث و نحکم بثبوت السلطنه هنا أیضا. و أما إذا علمنا بمقدار السلطنه و کمیتها بأن قطعنا بأن سلطنه خاصه نافذه فی حق شخص کبیع ماله من غیره و لکن شککنا فی کیفیه هذه السلطنه و أن هذا البیع هل یوجد بالتعاطی أم لا بد فیه من القول الدال علیه فإنه حینئذ لا- یجوز لنا أن نتمسک بدلیل السلطنه لإثبات مشروعیه المعاطاه فی الشریعه المقدسه. و قد اتضح لک من توضیح کلام المصنف الفارق بین هذا الوجه و بین سابقه حیث ان العموم فی الوجه الأول باعتبار الکمیه و الکیفیه و فی الوجه الثانی باعتبار الکمیه فقط.

ولی اطلاق کیفی ندارد امّا بعضی قائل شدند که حدیث سلطنت اطلاق کمّی نیز ندارد و نمی توان در شک در نوعی از انواع معامله نیز به آن تمسّک کرد. به عنوان مثال اگر شک در صحت شرعی مضاربه شود نمی توان با تمسّک به اطلاق «النّاس مسلّطون علی أموالهم» صحت شرعی آن را اثبات کرد، برخلاف شیخ قدس سره - که فرمود در چنین مواردی می توان به اطلاق آن تمسّک کرد، هر چند اگر صحت شرعی اصل مضاربه احراز شود و شک در سببی از اسباب آن باشد نمی توان با تمسّک به اطلاق حدیث آن را اثبات کرد.

بعضی دیگر از أعلام نیز در مقابل، موضع گرفته و قائل شده اند: نه تنها در شک در انواع سلطنت می توان به حدیث سلطنت تمسّک نمود، بلکه در شک در اسباب انواع سلطنت نیز می توان به اطلاق آن تمسّک کرد [و به اصطلاح حدیث سلطنت هم دارای اطلاق کمّی است و هم اطلاق کیفی(۱)، لذا برای تصحیح معاطات می توان به آن تمسک کرد].

از جمله ی أعلامی که در دسته ی اوّل قرار گرفته اند می توان به مرحوم آخوند(۲)، مرحوم امام و سید خویی۴ اشاره کرد. در دسته ی دوم نیز می توان به سید یزدی،

۱- حاشیه کتاب المکاسب (للأصفهانی، ط - الحدیثه)، ج ۱، ص۱۰۸: أنّ البیع المتحقق بالمعاطاه حصه من طبیعی البیع، فالسلطنه علی هذه الحصه حصه من طبیعی السلطنه، فلا یکون الإطلاق بلحاظ الکم فقط، بل یتضمن الإطلاق بلحاظ الکیف أیضا.

۲- حاشیه المکاسب (للآخوند)، ص۱۲: بل لا یجدی فی ذلک، إذا شکّ فی تشریع أصل هذا النوع أیضا، حیث انّه مسوق لبیان سلطنه المالک، و تسلّطه، قبالا لحجره، لا لبیان تشریع أنحاء السلطنه، کی یجدی فیما إذا شکّ فی تشریع سلطنته، فلا یجوز التمسّک به علی صحّه معامله خاصّه، و جواز تصرّف خاص، مع الشّک فیهما شرعا.

محقق اصفهانی و مرحوم شهیدی(۱)۴ اشاره کرد.

کلمات سید یزدی و محقق اصفهانی>@ در تصحیح تمسک به حدیث سلطنت برای امضاء معاطات و نیز نقد مرحوم امام بر کلمات هر دو را نقل می کنیم. مطلبی هم سید خویی قدس سره - دارند که آن را نیز چون ممکن است ایجاد شبهه در اذهان کند ذکر خواهیم کرد إن شاء الله.

کلام سید یزدی قدس سره – در تصحیح تمسّک به حدیث سلطنت برای امضاء معاطات

سید یزدی قدس سره - می فرماید(۲): حدیث سلطنت در صدد تصحیح سلطنت هایی است

۱- هدایه الطالب إلی أسرار المکاسب، ج ۲، ص۱۶۲: فإنّ إثبات صحّه المعاطاه بهذا الکلام فرع أن یکون له إطلاق لفظیّ بالنّسبه إلی وجوه أسباب البیع و هو منتف و لا یمکن التّمسّک بدلیل الحکمه إذ یجوز أن یکون صدور هذا الحدیث لمجرّد بیان تسلّط النّاس من غیر نظر إلی تحقّق نوع التّصرّف کالتّصرّف البیعی مثلا بکلّ وجه و یکون هذا نظیر ما إذا قیل المرء یملک أمر زوجته له أن یمسکها و له أن یطلّقها فکما لا یجوز التّمسّک بهذا لوقوع الطّلاق علی کلّ حال و بکلّ لفظ یرید فکذا لا یجوز التّمسّک بمثل قوله للمالک بیع ماله و له هبته و هکذا لإثبات وقوع البیع بکلّ ما یرید فإنّه جار مجری بیان أنّ أمر المال بید مالکه لا یزاحمه فیه أحد و لیس له نظر إلی أسباب البیع کاللّفظ و غیره. و أمّا إذا جعلنا الحدیث ناظرا إلی أشخاص التّصرّفات بأن یکون معناه أنّ کلّ تصرّف یصدر عنهم فی أموالهم فهو نافذ شرعا فیکون له عموم بالنّسبه إلی أشخاص التّصرّفات و حینئذ فإذا أعطی المالک ماله غیره و سلّطه علیه السّلطنه التّامّه کان هذا تصرّفا قطعا و قد دلّت الرّوایه علی نفوذه و لا یبعد دعوی ظهور الحدیث فی هذا المعنی فلیتأمّل.

۲- حاشیه المکاسب (للیزدی)، ج ۱، ص۶۹: أقول: الإنصاف تمامیه الدّلاله فیه أیضا لأنّ ظاهره إثبات سلطنتهم بأنواع السّلطنه علی النحو المتداول بین العرف فإذا کانت المعاطاه متداوله بینهم فی مقام البیع یشملها الحکم. مع أنّه یمکن أن یقال: إنها أحد الأنواع إذ لیس المراد منها النوع المنطقی بل أعمّ منه و من الصّنف و من ذلک یظهر أنّه یمکن إثبات جواز إخراج المال عن الملکیه بالإعراض إذا کان متداولا بین الناس بناء علی الاختصاص و إلّا فلو قلنا إنّه أعمّ منه و من غیر المتداول فالأمر أوضح و دعوی أن الرّوایه لا تثبت السّببیّه الشّرعیّه أول الکلام فإنه إذا دلّ علی تسلّطهم علی التّصرّفات المتداوله یکون لازمه کون أسبابها العرفیه أسبابا شرعیّه کما فی الآیتین السّابقتین فإن مقتضی حلیّه البیوع العرفیّه و جواز الأکل بالتّجارات المتعارفه کون المعاطاه سببا شرعیّا فی الحلیّه و التّملیک هذا. و یمکن أن یقرّر الإشکال بوجه آخر و هو أن الروایه لیست بصدد بیان إمضاء المعاملات بل إنّما هی فی مقام بیان أن المالک غیر ممنوع من التّصرفات فلا یستفاد منها إلّا هذا المقدار نظیر ما یقال إن قوله تعالی أَقِیمُوا الصَّلاهَ إنّما هو بصدد بیان أصل الوجوب لا الکیفیّه فالروایه أیضا بصدد بیان أن المسلّط هو المالک لا غیره أو أنّه مسلّط لا ممنوع و أما أن التّصرف الکذائی لا شرط له أو مشروط بکذا فلا تعرّض فیها له. لکن أنت خبیر بما فیه أیضا بل المستفاد منها أزید من ذلک و إلّا فیمکن أن یستشکل فی الآیه الأولی أیضا أنّها فی مقام بیان أنّ البیع حلال فی مقابل الرّبا الّتی هی محرمه لا فی مقام بیان أنّ کلّ ما یصدق علیه البیع یکون سببا فی التّملیک و أنّه لا شرط له شرعا أو مشروط بکذا و کذا فی

الآيه الثّانيه أنّها فى مقام بيان أنّ الأكل بالأسباب الباطله العرفيه غير جائز و بغير الباطله جائز و أمّا أنّ كلّ سبب عرفىّ ممضى و بعباره أخرى كل نوع غير باطل عرفا يجوز الأكل بجميع أفراده فلا فيها تعرّض له و ليست بصدده و التّحقيق جواز الاستدلال بالكلّ للمقام و لما سيجى ء من شروط الصّيغه.

که عرف برای مالکین قائل است؛ خصوصاً تصرفاتی که بین عرف متداول می باشد. لذا معاطات چون در مقام بیع بین مردم متداول است پس مشمول «النّاس مسلّطون علی أموالهم» بوده و مورد امضاء می باشد.

سید یزدی قدس سره - سپس ایرادی بر کلام شیخ قدس سره - وارد می کند و آن این که شما که پذیرفتید حدیث سلطنت از حیث انواع، دارای اطلاق است و در نوع مشکوک مانند مضاربه می توان به آن تمسّک کرد، چرا از حیث معاطات می فرمایید نمی توان به آن تمسّک کرد؟! چون معاطات نیز از انواع سلطنت است؛ چراکه مراد از نوع که نوع منطقی نیست [تا معاطات را که صنفی از نوع بیع است شامل نشود، بلکه مراد نوع عرفی بوده که اعم از نوع و صنف منطقی است] و شامل حصه های متفاوت سلطنت از جمله معاطات نیز می شود.

مرحوم سید اشکالات دیگری که در کلام بعضی وارد شده و شیخ مطرح نکرده پاسخ می دهند، از جمله این که گفته اند(۱): حدیث سلطنت بیان می کند مردم

۱- حاشیه المکاسب (للإیروانی)، ج ۱، ص۷۷: لنا کلام فی أصل تلک الدّلاله فإنّ أقصی مدلول هذه العباره ثبوت السّلطنه فی موضوع المال دون السّلطنه علی إذهاب هذا الموضوع و إزاله السّلطان و لا یلزم من عدم سلطنه الشّخص علی إزاله سلطانه نقص فی سلطانه انظر إلی سلطان اللّه تعالی الّتی هی أشدّ أنحاء السّلطان تجدها شاهد صدق علی ما ادّعیناه.

بر اموال خود مسلّط هستند، ولی بیع که سلطنت بر مال نیست تا مشمول روایت باشد! بلکه اخراج مال است، کما این که با این روایت نمی توان تصحیح إعراض کرده و ثابت کرد که با إعراض، مال از ملکیت خارج می شود؛ چون کسی که از مالش اعراض می کند تسلط بر آن پیدا نمی کند، بلکه تسلطش را اعدام می کند، در حالی که روایت بیانگر صحت و امضاء تسلّط است؛ نه امضاء اخراج از سلطنت. بنابراین بیع و به طریق اولی إعراض، مشمول حدیث نیست.

سید – رحمه الله علیه – در پاسخ می فرماید: اخراج از ملک یا ادخال در ملک شخص دیگر نیز نوعی سلطنت محسوب می شود و اگر مالک نتواند چنین کاری انجام دهد به این معناست که سلطنتش بر مال تمام نیست؛ چون عرف و عقلاء إخراج از ملک را نیز سلطنت بر مال می دانند. بنابراین إخراج از ملک اگر متداول باشد مشمول حدیث سلطنت می باشد، بلکه متداول نباشد نیز چون عقلائی است مشمول حدیث سلطنت است.

شبهه ی دیگری که بعضی وارد کرده اند و شیخ نیز فی الجمله متعرض آن شده(۱) آن است که روایت از حیث سببیت و این که آیا معاطات سبب بیع است یا نه در مقام بیان نیست، لذا از این جهت نمی توان به اطلاق تمسک کرد.

سید قدس سره – در پاسخ می فرماید: اصل آن است که هر متکلمی در مقام بیان همه ی

۱- المکاسب المحرمه (ط – الحدیثه)، ج ۳، ص۴۱: إذا قطعنا بأنّ سلطنه خاصّه کتملیک ماله للغیر نافذه فی حقّه، ماضیه شرعاً، لکن شکّ فی أنّ هذا التملیک الخاصّ هل یحصل بمجرّد التعاطی مع القصد، أم لا بدّ من القول الدالّ علیه؟ فلا یجوز الاستدلال علی سببیّه المعاطاه فی الشریعه للتملیک بعموم تسلّط الناس علی أموالهم.

اموری است که مربوط به کلامش است؛ مگر این که قرینه ای بر خلاف باشد، لذا بر این اساس «النّاس مسلّطون علی أموالهم» ظهور در تسلط همه جانبه داشته و شامل همه ی تصرفات عقلائیه می شود. قرینه ای که بیان کند از حیث سبب در مقام بیان نیست وجود ندارد.

و اگر کسی بگوید: «النّاس مسلّطون علی أموالهم» نظیر (أَقِيمُوا الصَّلاةَ وَ آتُوا الزَّكاةَ) بوده که در صدد بیان اصل وجوب است؛ نه کیفیت آن، لذا نمی توان به اطلاق آن تمسّک کرد و گفت: اگر کسی مسمّای صلاه را به جا آورد کافی است! می گوییم: این تشبیه درست نیست؛ چراکه (أَقِيمُوا الصَّلاةَ وَ آتُوا الزَّكاةَ) را می دانیم در مقام بیان اصل وجوب است؛ نه بیشتر، امّا در «النّاس مسلّطون علی أموالهم» در صدد بیان این است که مردم همه نوع تسلطی بر اموالشان دارند و هر تسلط عقلائی شرعاً نیز ثابت است.

و این که بعضی(۱) گفته اند: حدیث سلطنت فقط در مقام نفی حَجر از مالک است؛ نه الغاء شروط خاص در معامله، درست نیست بلکه در صدد تصحیح معاملات عقلائیه از تمام جوانب می باشد، لذا در موارد شک می توان به آن تمسک کرد.

کلام محقق اصفهانی قدس سره – در تصحیح تمسّک به حدیث سلطنت برای امضاء معاطات

محقق اصفهانی(۲) قدس سره – ابتدا در توضیح این که «سلطنت بر مال» چیست می فرماید:

۱- حاشیه المکاسب (للآخوند)، ص۱۲: انّه مسوق لبیان سلطنه المالک، و تسلّطه، قبالا لحجره، لا لبیان تشریع أنحاء السلطنه.

۲- حاشیه کتاب المکاسب (للأصفهانی، ط – الحدیثه)، ج ۱، ص۱۰۸: ظاهر کلامه قدّس سرّه أنّ حقائق المعاملات أنواع السلطنه، مع أنّ السلطنه لیست إلّا القدره علی التصرفات المعاملیه هنا، المتحققه بترخیص الشارع تکلیفا و وضعا، فیتحقق بالترخیص تکلیفا القدره علی إیجادها بما هی عمل من الأعمال، و بالترخیص وضعا و إنفاذ ما یتصدی له ذو المال القدره علی المعامله بما هی معامله مؤثره فی مضمونها، فالتصرفات متعلقات السلطنه لا ـ عینها و أنواعها. نعم السلطنه علی البیع– باعتبار تخصصها بمتعلقها– حصه من طبیعی السلطنه، و حیث عرفت أنّ البیع المتحقق بالمعاطاه حصه من طبیعی البیع، فالسلطنه علی هذه الحصه حصه من طبیعی السلطنه، فلا یکون الإطلاق بلحاظ الکم فقط، بل یتضمن الإطلاق بلحاظ الکیف أیضا، لما عرفت من أنّ السلطنه تنتزع بلحاظ الترخیص التکلیفی و الوضعی معا، بل الثانی أقوی الجهتین و أظهر الحیثیتین فی المعاملات. فإذا کان الشارع فی مقام الترخیص التکلیفی و الوضعی لذی المال– و هو المحقق لحقیقه السلطنه– فلا محاله تکون الأسباب إمّا ملحوظه ابتداء و بنفسها، أو بتبع لحاظ المسببات المفروضه حصصا، و بهذا الاعتبار لها نفوذ و مضی، کما هو مقتضی عبارته قدّس سرّه (ثابته للمالک و ماضیه فی حقه شرعا) و لا مضی و لا نفوذ إلّا بملاحظه الأسباب، و لو من حیث القیدیه المحصصه للتملیک و المحصصه للسلطنه، و الظاهر من هذا الکلام جعل السلطنه بالترخیص تکلیفا و وضعا، لا مجرد الاخبار بأنّ الناس مسلطون علی أموالهم بأسبابه الشرعیه، فإنّه لا یتضمن شیئا یکون الشارع فی مقام جعله و إیجاده تشریعا، و لا معنی لأن یکون هذا الکلام مسوقا لإثبات حقائق المعاملات للمالک فی قبال عدمها، فإنّه أجنبی عن عنوان السلطنه المتقوّمه بالترخیص تکلیفا و وضعا، فلیس حاله حال قوله تعالی أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ بمعنی أقرّه فی مقره و لم یجعل البیع بحکم العدم، لتعلّق الإحلال بنفس البیع،

فإثبات البيع تشريعا أمر، و إثبات السلطنه عليه أمر آخر، فتدبر. و أمّا ما عن شيخنا العلامه الأستاذ فى غير مورد بأنّ دليل السلطنه مسوق لعدم حجر المالك عن التصرف فى ماله، لا فى مقام إثبات السلطنه بأنحائها كما قلنا حتى يتمسك بإطلاقها. فتوضيح الحال فيه يتوقف على بيان أمر: و هو أنّ عدم نفوذ التصرف تاره لعدم الملك، و أخرى لعدم مشروعيه أصل التصرف كغير البيع و نحوه من المعاملات المتداوله، و ثالثه لعدم نفوذ السبب شرعا كالمنابذه و الملامسه و المعاطاه عند من لا يراها سببا شرعا، و رابعه لوجود مانع كسفه أو صغر أو جنون أو فلس، مع وجود الملكيه و مشروعيه المعامله و مشروعيه السبب كالصيغه المستجمعه للشرائط. إذا عرفت ذلك فنقول: إنّ ظاهر قوله صلّى اللّه عليه و آله: (الناس مسلطون على أموالهم) ثبوت السلطنه لهم من حيث إضافه المال إليهم، و الحكم بالمقتضى- استنادا إلى ثبوت مقتضيه، إمّا اقتضاء و إمّا فعلا لعدم المانع- معقول، إلّا أنّ الحكم بعدم المانع استنادا إلى ثبوت المقتضى غير معقول، فلا معنى لحمل دليل السلطنه على أنّ المالك غير محجور، فى قبال المحجور بأسبابه، مع عدم استناد عدم المحجوريه على ثبوت المقتضى و هو كون المال له، بل عدم المحجوريه مستندا إلى عدم ثبوت مانع غير الأسباب الموجبه للحجر شرعا، فتدبره فإنّه حقيق به.

سلطنت در این جا به معنای قدرت بر تصرفات معاملی بوده و تصرفات معاملی متعلق سلطنت می باشد. سلطنت بر مال بر دو قسم قابل تصور است؛ سلطنت تکلیفی و سلطنت وضعی.

سلطنت تکلیفی بر مال؛ یعنی تملیک مال به دیگری [یا هر معامله ی دیگر] بما هو عملٌ من الاعمال جایز است و حرمتی ندارد، مگر مواردی که استثناء شده، مانند تملیک خمر یا تملیک به نحو ربا که جایز نیست.

سلطنت وضعی بر مال؛ یعنی مالک می تواند معامله انجام دهد به نحوی که مؤثر باشد؛ مثلاً ملکی از او به دیگری منتقل شود.

سلطنت وقتی علی الاطلاق به کار می رود یعنی هر دو سلطنت تکلیفی و وضعی و تمام حِصَص آن را دارد. یکی از حصص سلطنت، بیع است که نسبت به سلطنت، جزئی اضافی بوده ولی خودش کلی است. کما این که اجاره نیز یک حصه از سلطنت است که نسبت به اصل سلطنت، جزئی اضافی است امّا خودش کلی است. هر یک از بیع و اجاره نیز می تواند حصه هایی داشته باشد. یکی از حصص بیع، بیع بالصیغه و دیگری بیع بالمعاطاه است. بنابراین إمضاء سلطنت علی الاطلاق به معنای إمضاء تمام حصص آن از جمله إمضاء بیع معاطاتی است.

خلاصه این که صدور چنین کلامی از مولا که علی الاطلاق سُلطه ی مردم را بر اموالشان امضاء می کند، به معنای آن است که سبب های متفاوت آن را که موجب تحصیص سلطنت می شود در نظر گرفته است و الا کلام دارای اطلاق نخواهد بود. بنابراین مولا بیع معاطاتی را نیز در نظر گرفته و امضاء فرموده است.(۱)

۱- کلام محقق اصفهانی قدس سره - را می توان به ترتیب منطقی ذیل تبیین کرد: ۱) سلطنت این جا به معنای قدرت بر تصرفات معاملی است. ۲) تصرفات معاملی اعم از وضعی و تکلیفی است. ۳) تصرفات معاملی متعلق سلطنت است؛ نه عین یا انواع سلطنت. ۴) سلطنت به اعتبار متعلق خود (تصرفات معاملی) می تواند دارای حصص باشد. ۵) بیع یکی از حصص معامله است، پس سلطنت بر بیع در واقع حصه ای از سلطنت است. ۶) معاطات یکی از حصص بیع و بیع از حصص معامله است. پس سلطنت بر معاطات نیز حصه ای از سلطنت است. ۷) روایت شریفه سلطنت را علی الاطلاق إمضاء فرموده، پس تمام حصص سلطنت از جمله سلطنت بر معاطات مورد إمضاء واقع شده است. نتیجه این که روایت هم اطلاق کمّی دارد و هم اطلاق کیفی؛ چراکه تصرفات معاملی اعم از تکلیفی و وضعی می باشد، پس به ناچار اسباب ملحوظ شارع بوده است ابتدا ءاً یا به لحاظ مسبباتی که به عنوان حصص مفروض است. (امیرخانی)

خلاصه ی کلام مخالفین امکان تمسک به حدیث سلطنت برای إمضاء معاطات

بیان کردیم عده ای از جمله مرحوم آخوند(۱)، مرحوم امام و سید خویی(۲)۴ مخالف امکان استدلال به حدیث سلطنت بر صحت معاطات هستند، بلکه آن مقداری را هم که شیخ قدس سره - تسلیم شده بود منکر شده اند؛ چراکه شیخ ملتزم شدند با حدیث سلطنت می توان انواع معامله را تصحیح کرد و به اصطلاح روایت اطلاق کمّی دارد؛ نه کیفی، ولی این أعلام منکر اطلاق کمّی و کیفی هر دو شده اند و فرموده اند: حدیث «النّاس مسلّطون علی أموالهم» فقط در مقام بیان این

۱- حاشیه المکاسب (للآخوند)، ص۱۲: بل لا یجدی فی ذلک، إذا شکّ فی تشریع أصل هذا النوع أیضا، حیث انّه مسوق لبیان سلطنه المالک، و تسلّطه، قبالاـ لحجره، لا لبیان تشریع أنحاء السلطنه، کی یجدی فیما إذا شکّ فی تشریع سلطنته، فلا یجوز التمسّک به علی صحّه معامله خاصّه، و جواز تصرّف خاص، مع الشّک فیهما شرعا.

۲- مصباح الفقاهه، ج ۲، ص۱۰۲: الثالث: ما هو التحقیق من أن دلیل السلطنه یتکفل ببیان استقلال المالک فی التصرف فی أمواله فی الجهات المشروعه، و عدم کونه محجورا عن التصرف فی تلک الجهات، و لیس لغیره أن یزاحمه فی ذلک، و علیه فشأن دلیل السلطنه شأن الأوامر المسوقه لبیان أصل الوجوب من غیر نظر فیها إلی تعیین الواجب من حیث الکم و الکیف.

است که مالک از تصرف در ملکش محجور نیست و استقلال به تصرف دارد، امّا این که چه تصرفاتی می تواند انجام دهد و آیا هر تصرفی مورد امضاء است اصلاً در صدد بیان آن نیست. به عبارت دیگر حدیث سلطنت می خواهد بیان کند زیدی که مثلاً مالک کتاب است مستقل به تصرف در کتاب بوده و محجور نیست، حق دارد خودش کتابش را بفروشد و لازم نیست از کسی اذن بگیرد یا ولیّ برای او بفروشد.

نقض سید خویی قدس سره – بر کلام قائلین به اطلاق حدیث از حیث انواع معاملات

سید خویی قدس سره – مطلبی را نیز اضافه می کنند و می فرمایند: اگر حدیث از حیث انواع معاملات اطلاق داشته باشد آن چنان که جناب شیخ قدس سره – فرمودند لازمه ای دارد که قابل پذیرش نیست. ایشان می فرماید(۱): اگر روایت در مقام بیان انواع باشد [به این معناست که روایت در مقام تشریع است و] لازمه اش آن است که اگر کسی

۱- مصباح الفقاهه، ج ۲، ص۱۰۱: ما ذکره المصنف و حاصله: أن عموم الحدیث إنما هو باعتبار أنواع السلطنه- کالبیع و الإجاره و الهبه و الصلح و غیرها- و إذا شککنا فی مشروعیه نوع منها- کالمزارعه و المضاربه و المساقاه مثلا- تمسکنا بعموم الحدیث و نحکم بثبوت السلطنه هنا أیضا ... و و یرد علیه: أن الالتزام بهذا الوجه یقتضی أیضا أن تکون الروایه فی مقام التشریع و علیه فیجوز التمسک بعموم النبوی فی أی مورد شککنا فی جواز نوع خاص من السلطنه- کالشک فی جواز أکل لحم الأرنب و نحوه و هذا خلاف الظاهر من الروایه حسب المتفاهم العرفی و لأجل ذلک لم یتمسک به أحد فی أمثال ذلک. و من هنا ذکروا: أن دلیل السلطنه لم یرد فی مقام التشریع بل إنما ورد لإثبات السلطنه للمالک فی الجهات المشروعه. • التنقیح فی شرح المکاسب (البیع)، ج ۱، ص۸۱: والظاهر من هذه الاحتمالات هو الأخیر، ومن هنا لو شکّ فی حلّیه أکل جزء من أجزاء الحیوان المملوک لا یتمسّک أحد بالحدیث لاثبات جوازه، وکذا لو شکّ فی حلّیه أکل لحم الأرنب المملوک، وسرّ ذلک ما بیّناه من عدم کون الحدیث ناظراً إلی الأحکام الشرعیه التی یشکّ فیها من غیر جهه إضافه المال إلی مالکه، إذن فالحدیث أجنبی عمّا نحن فیه.

مثلاً در لحم إرنب که مملوک اوست شک کرد أکلش جایز است یا نه، بتواند به عموم «النّاس مسلّطون علی أموالهم» تمسّک کرده و بگوید: أکل لحم إرنب جایز است؛ چراکه مراد از سلطنت، خصوص سلطنت اعتباری نیست، بلکه سلطنت تکوینی از جمله خوردن مال را نیز شامل می شود، در حالی که کسی به عموم حدیث سلطنت برای اثبات جواز أکل لحم إرنب تمسّک نکرده و ارتکاز آن را نفی می کند. پس معلوم می شود حدیث سلطنت چنین اطلاقی ندارد و فقط در مقام بیان این است که مردم نسبت به اموالشان محجور نبوده و مستقل در تصرف می باشند.

نقد کلام سید خویی قدس سره –

نقض سید خویی قدس سره – وارد نیست؛ چراکه مدعیان اطلاق حدیث سلطنت قائلند که از حیث تسلط بر ملک بما هو ملک اطلاق دارد؛ نه از حیث های دیگر.

تصرف در ملک بما هو ملک انواع دارد، گاهی اجازه ی پدر لازم است و گاهی لازم نیست، گاهی اجازه ی شوهر لازم است و گاهی لازم نیست، گاهی به نفع است و گاهی به ضرر، گاهی به نحو بیع است، گاهی به نحو اجاره و ... اطلاق «النّاس مسلّطون علی أموالهم» شامل همه ی این انواع و اقسام می شود. امّا روایت از حیث های دیگر مانند حلّیت و عدم حلّیت، از حیث أکل یا از حیث های دیگر در مقام بیان نیست تا اطلاق داشته باشد و به تعبیر دیگر اطلاق حیثی است، کما این که پیش تر خود سید خویی قدس سره – به نقل از استادشان میرزای نایینی قدس سره – فرمودند کریمه ی (فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُم) از حیث طهارت و نجاست در مقام بیان نیست، بلکه فقط از حیث تذکیه و عدم تذکیه اطلاق دارد.

بنابراین نقض سید خویی قدس سره – بر کلام شیخ تمام نیست؛ چراکه جناب شیخ قدس سره – از این حیث نفرموده اطلاق دارد، بلکه تصریح کرده از حیث انواع معاملات اطلاق دارد.

نقد مرحوم امام قدس سره – بر کلام قائلین به اطلاق حدیث سلطنت

مرحوم امام قدس سره – در ردّ کلام شیخ، سیّد و محقق اصفهانی۴ می فرماید(۱):

۱- کتاب البیع (للإمام الخمینی)، ج ۱، ص۱۲۲: و فیه: أنّ ما لدی العرف فی إنفاذ المعاملات یتوقّف علی أمرین: أحدهما: سلطنه المالک علی ماله، فمثل المجنون و الطفل غیر الممیز، لیس سلطاناً لدی العقلاء، فلا بدّ فی إنفاذ المعامله من السلطنه علی المال. ثانیهما: إیقاع المعامله علی طبق المقرّرات العقلائیه، فبیع المجهول المطلق بمجهول مطلق لیس نافذاً لدیهم، لا لقصور سلطنه المالک، بل لمخالفته للمقرّر العقلائی، فتسلّط الناس علی أموالهم شی ء، و لزوم تبعیّه العاقد للمقرّرات العقلائیّه شی ء آخر، و لیست المقرّرات العقلائیّه ناشئه عن السلطنه، و لیست من شؤونها، بل هی قواعد لدیهم لتنظیم الأُمور و سدّ باب الهرج. فتبیّن من ذلک: أنّ إنفاذ سلطنه الناس علی أموالهم علی النحو المقرّر لدی العقلاء لا یلازم إنفاذ المعاملات العقلائیّه؛ لأنّ السلطنه علی الأموال أحد شرائط النفوذ لدی العقلاء، و لیس فی محیط العرف و العقلاء السلطنه علی الأموال موجبهً للسلطنه علی المقرّرات، فالناس مسلّطون علی أموالهم، و تابعون للمقرّرات، لا مسلّطون علیها، فالسلطنه علی الأموال شی ء أجنبی عن نفوذها بالنسبه إلی الأسباب المقرّره للمعاملات. و ممّا ذکرنا یظهر: أنّ البیع لیس نوعاً من السلطنه علی الأموال، و لا المعاطاه حصّه منها، أو نوعاً عرفیّاً منها. فما قد یقال فی جواب الشیخ الأنصاری: «إنّه یمکن أن یقال إنّ المعاطاه أحد الأنواع؛ إذ لیس المراد منها النوع المنطقی، بل الأعمّ منه و من الصنف». لیس علی ما ینبغی. کما أنّ کلام الشیخ أیضاً غیر وجیه؛ لأنّ البیع و الصلح و نحوهما لیست من أنواع السلطنه علی الأموال، فالناس مسلّطون علی أیّ نقل شاؤوا، لا علی أسبابه؛ لأنّ أسبابه لیست من شؤون السلطنه علی الأموال. • کتاب البیع (تقریرات، للخرم آبادی)، ص۱۳۹: أقول: مفاد المرسله جعل السلطنه و تشریعها للناس علی أموالهم، و بإطلاقه یسری إلی جمیع أنواع التصرّفات و أنواع المعاملات، و لیست ناظرهً إلی أنواع المعاملات أو أصنافها. و المهمّ تنقیح أنّ حیثیه المالیه، هل اخذت فی السلطنه علیه؛ بحیث لا یتجاوز عنها، أو لا؟ و هل أنّ تضییقها لا من الحیثیه المالیه، بل من حیثیه اخری- کالحکم بعدم نفوذ العقد الفارسی مثلًا- تضییق للسلطنه، فینفی بها، أو لا؛ لعدم تضیّقها من حیثیه المالیه، بل من حیث الإنشاء و الأسباب، و السلطنه فی المرسله لیست مطلقه؟ فالضرب بالعصا علی رأس الرجل، هل هو جائز؛ لتسلّط مالکها علیها، أو لا؛ لأنّ السلطنه لا تتجاوز عن حیثیه المالیه، فلا تتعدّ إلی الغیر؟ الظاهر أنّ حیثیه المالیه اعتبرت فیها، و علیه فالمنع عن وقوع المعامله بکذا أو الحکم بعدم وقوع المعامله الکذائیه، لیس تضییقاً للسلطنه علی المال من حیث المال، بل هو تضییق لقانون الأسباب المعاملیه، فلا ترفعهما المرسله، فالمعاطاه لا تثبت صحّتها بها؛ لأنّ اعتبار اللفظ فی البیع، لیس تضییقاً للسلطنه علی المال من حیثیه المالیه حتّی یرتفع بعمومها. و بالجمله: یعتبر فی المعاملات المتداوله عند العرف و العقلاء أمران: سلطنه المالک علی المال، و توافق المعامله مع القرار و القانون الثابت عندهم، فمن لا یرونه سلطاناً علی ماله- کالمجنون و الصبی- لا اعتبار بمعاملاته عندهم، و کذا ما لا یوافق القانون العقلائی، کبیع المجهول المطلق مثلًا، و علی هذا فلیست السلطنه منشأ للقانون العقلائی فی المعاملات، بل هی أمر، و ذاک أمر آخر، فما هو معتبر عندهم من أنواع السلطنه، هو السلطنه علی المال، لا علی القرار و القانون، فقضیه «الناس مسلّطون علی أموالهم» جعل السلطنه علی المال؛ و أنّه یجوز له أکله و شربه و أنواع التقلّبات و الانتقالات، و أمّا جواز النقل بکذا فلیس من مدلولاته؛ إذ هو ممّا اعتبر فی المعامله؛ أعنی القانون الذی یکون المالک بالنسبه إلیه تابعاً، فالناس- عند العقلاء و العرف- بالنسبه إلی مالهم متّبعون و مسلّطون، و بالنسبه إلی القانون تابعون و

محکومـون لـه، فلاـ یمکـن التصـرّف فیه علی نحـو التصرّف الأـوّل. فمـا یری من السـیّد: من أنّ المراد من السـلطنه المعاملاـت المتـداوله بین العرف قـد ظهر ضـعفه؛ إذ المعتبر عنـد العرف فی هـذه المعاملاـت المتـداوله أمران: نفس السـلطنه، و تطابقها مع القـانون، و أحـدهما غیر الآـخر. و أمّا مقایسه المرسـله بالآیتین، فلیس فی محلّه؛ لأنّ فی الآیتین جعل نفس البیع و المعامله مورداً للإمضـاء، و فی المرسـله لم یجعـل إلّـا مـا یعتبر فیهـا؛ و هو السـلطنه، و هی غیرهـا. و کـذا ظهر أنّ الروایه لیست بصـدد ما حقّقه المحقّق الأصـفهانی؛ من الترخیص الوضـعی و التکلیفی، بل هی بصدد جعل السـلطنه و تشریعها علی الأموال، لا غیر. نعم، یجوز التمسّـک بهـا فی بعض موارد أنواع المعاملات لو لا الـدلیل، کالبیع الربوی، و بعض أقسام الغرر، إذ تصـحیح بیع منٍّ من الحنطه بمنّین منها بواسطه السلطنه علی المال لیس خارجاً عن حیثیه المالیه.

آن چه نزد عرف در مورد انفاذ معاملات وجود دارد این است که بایـد دو امر محقق شود تا معامله ای نافذ باشد و با فقدان هر یک از این دو امر، معامله نفوذ نخواهد داشت:

۱. مالک بر مالش سـلطنت داشـته باشـد؛ یعنی مثل مجنون و طفل غیر ممیز نباشـد که نزد عقلاء سـلطنت بر مالشان ندارند، لذا اگر طفل غیر ممیّز یا دیوانه مال

خودش را بفروشد عقلاء آن را تصحیح نمی کنند.

۲. معامله طبق مقررات و ضوابط عقلائیه انجام شود، لـذا اگر مجهول مطلقی را در مقابل مجهول مطلقی معامله کنند عقلاء این معـامله را نافـذ نمی داننـد، نه به خـاطر قصور سـلطنت مالـک، بلکه به خـاطر مخالفت مقررات عقلائیه؛ [چراکه عقلاء لازم می دانند ثمن و مثمن فی الجمله معلوم باشد].

مرحوم امام قـدس سـره - از تفاوت شـرط اوّل و دوم نتیجه می گیرند که سـلطنت مالک بر مال، غیر از لزوم تبعیت از مقررات عقلائیه است و مقررات عقلائیه ناشـی از سـلطنت فرد بر مالش نیست، کما این که از شؤون آن هم نیست، بلکه قواعدی اسـت که عقلاء برای سدّ باب هرج و مرج در تنظیم امورشان جعل کرده اند.

بنابراین حدیث سـلطنت در واقع شرط اوّل یعنی سلطنت ملّاک بر اموالشان را تنفیذ می کند و نظری به شرط دوم یعنی مقررات عقلائیه نـدارد. لذا کلام شـیخ قدس سـره - که فرمود حدیث سـلطنت می تواند انواع معاملات را تصـحیح کند درست نیست؛ چراکه انواع معاملـات در واقع قـالب هـایی است که عقلاـء در معاملاتشـان رعـایت می کننـد و ربطی به سـلطنت اشـخاص بر املاکشان نـدارد. کما این که کلام سـید قـدس سـره - نیز که معاطات به یک معنا می توانـد «نوع» برای بیع باشد و لذا حدیث سلطنت می توانـد آن را تصـحیح کنـد، درست نیست؛ چون این ها مربوط به مقررات بوده و ربطی به سـلطنت ندارد. همچنین کلام محقق اصـفهانی قدس سـره - که معاطات را از حصـص سـلطنت بر مال دانست که با إمضاء علی الاطلاق سـلطنت، تمام حصـص آن نیز مورد إمضاء واقع شده و به این معناست که اسـباب نیز مسـتقلاً یا به تبع مسببات لحاظ شده و مورد إمضاء واقع شده است درست نیست؛ چراکه همه ی این ها مقررات عقلائیه بوده و ربطی به سلطنت مالک بر مالش ندارد.

نقد کلام امام قدس سره –

خدمت مرحوم امام قدس سره – عرض می کنیم: مراد از سلطنت چیست؟ سلطنت که به معنای قدرت بر تقلیب و تقلّب و زیر و رو کردن است باید با متعلق خود لحاظ شود و گاهی به خاطر معلوم بودن متعلق حذف می شود. این که شما می فرمایید سلطنت به معنای عدم محجوریت است می پرسیم متعلق محجوریت چیست و مالک از چه چیزی محجور نیست؟ طبعاً در پاسخ خواهید فرمود که مالک محجور از بیع نیست، محجور از إجاره نیست و محجور از معاملات دیگر نیست. [کما این که مراد از محجوریت مجنون و طفل غیر ممیز نیز محجوریت از بیع، إجاره و سایر معاملات می باشد.]

پس سلطنت بر مال به معنای سلطنت بر بیع، إجاره و سایر معاملات است و شکی نیست که این سلطنت دارای ضوابطی است که عقلاء رعایت آن را لازم می دانند. بنابراین این که مرحوم امام قدس سره – رعایت مقررات عقلائیه را غیر از سلطنت و خارج از متعلق سلطنت دانستند درست نیست و سلطنت بر مال به معنای سلطنت بر معاملات با رعایت ضوابط و مقرارت عقلائی است و کلام سید یزدی قدس سره – که فرمود(۱): حدیث سلطنت اثبات انواع سلطنت علی نحو متداول بین عرف و با رعایت قواعد عقلایی می کند متین است.

بنابراین سلطنت بر مال به معنای قدرت بر تصرفات تکوینی و اعتباری در مال است و همان طور که محقق اصفهانی قدس سره – فرمود یکی از حصص آن، قدرت بر بیع بوده که معاطات هم یکی از حصص بیع محسوب می شود و إمضاء سلطنت علی الاطلاق به معنای إمضاء تمام حصص آن می باشد.

۱- حاشیه المکاسب (للیزدی)، ج ۱، ص۶۹: أقول: الإنصاف تمامیه الدّلاله فیه أیضا لأنّ ظاهره إثبات سلطنتهم بأنواع السّلطنه علی النحو المتداول بین العرف.

شاهد بر این که سلطنت به معنای قدرت بر تصرفات تکوینی و اعتباری با رعایت ضوابط عقلایی است، عبارتی از خود مرحوم امام قدس سره – است که درباره ی «الناس مسلطون علی انفسهم» می فرماید:

«و ربّما تعتبر السلطنه فی بعض الموارد، و لا ـ یعتبر الحقّ و لا ـ الملک، کسلطنه الناس علی نفوسهم؛ فإنّها عقلائیّه، فکما أنّ الإنسان مسلّط علی أمواله، مسلّط علی نفسه، فله التصرّف فیها بأیّ نحو شاء، لولا المنع القانونی لدی العقلاء، و الشرعی لدی المتشرّعه».(۱)

مروری بر ادلّه ی صحت معاطات

در میان ادله ای که برای اثبات صحّت و إفاده ی ملکیّت معاطات اقامه شده بود دلالت آیات شریفه را پذیرفتیم و گفتیم از آن جا که معاطات عرفاً بیع است مشمول اطلاق کریمه ی (أَحَلَّ اللهُ البَیعَ) می باشد. و نیز چون معاطات می تواند مصداق یا مقوّم تجارت باشد مشمول کریمه ی (تِجَارَةً عَن تَراضٍ) می باشد، کما این که چون در عرف، عقد منحصر به صیغه ی لفظی نیست، بلکه هر چیزی اعم از قول، فعل و اشاره که مفید إنشاء ملکیت و قبول باشد عقد بر آن صدق می کند مشمول کریمه ی (أوفوا بِالعُقُود) می باشد.

دلالت روایت شریفه ی «الناس مسلّطون علی أموالهم» را هم با تقریری که گذشت قبول کردیم. و اگر هیچ یک از این ادلّه نبود با سیره ی عقلائیّه ی غیر مردوعه نیز می توانستیم صحت و إفاده ی ملکیت معاطات را اثبات کنیم و اجماع بر عدم إفاده ی ملکیت را چنان که بعضی ادعا کرده اند نمی توانیم إحراز کنیم به

۱- کتاب البیع (للإمام الخمینی)، ج ۱، ص ۴۱.

طوری که مفیـد اطمینـان به قول معصوم علیه السـلام - باشـد، هر چنـد فی الجمله شـهرت بر إفـاده ی إبـاحه را قبول می کنیم. بنابراین ادعای محقق ثانی قـدس سـره - مبنی بر تحقق ملکیّت در معاطات مورد قبول ما بوده و مطابق قاعـده می باشـد، گرچه ایشان معتقدند معاطات مفید ملکیت متزلزل است که بعداً به آن خواهیم پرداخت إن شاء الله.

مبعّدات قول به إباحه از کاشف الغطاء قدس سره -

اشاره

شیخ کبیر کاشف الغطاء - رحمه الله علیه - روشـی دارند که گاهی با اسـتقراءِ مواردِ کثیره به اسـتنتاج می رسند. در ما نحن فیه نیز با اسـتفاده از این روش فرموده است: قول به این که معاطات مفیـد إباحه بوده و با تصـرف متوقف بر ملک یا تلف تبدیل به ملکیّت می شود مستلزم تأسیس قواعد جدید در فقه است که مبعّد پذیرفتن قول مشهور می باشد، لهذا نمی توانیم قول به إباحه را بپذیریم.(۱)

مرحوم شـیخ با بررسـی مبعّدات مذکور در کلام کاشف الغطاء قدس سـره - و مناقشه ی فی الجمله در آن، در نهایت آن را به عنوان مبعّد قول مشهور می پذیرند، ولی به عنوان دلیل بر این که معاطات مفید ملکیت است نمی پذیرند.(۲)

۱- شرح الشیخ جعفر علی قواعد العلامه ابن المطهر، ص۱۳۷: القول بمجرد الإباحه و الإذن بالتصرف من غیر ملک کما ادعیت علیه الشـهره و نُقل فیه الإجماع و هو مردود بالسـیره المسـتمره القاطعه فی إجراء حکم الأملاک علی ما أخذ بالمعاطاه من إیقاع عقـد البیع و الإجاره و الهبه و الصـلح و الصدقه و جمیع العقود مما یتعلق بتملیک الأعیان أو المنافع علیه و تعلق العتق و الوقف و الحبس و الرهن و الربـا و النـذور و الإیمـان و الوصایـا و نحوهمـا به، و کـذا حکم المواریث و الأخماس و الزکوات و اسـتطاعه الحجّ و النظر إلی الجواری و لمسـهن و وطئهن و تحلیلهن و تزویجهن و نحو ذلک فیلزم إما إنکار ما جاز بدیهه أو إثبات قواعد جدیده.

۲- المکاسب المحرمه (ط - الحـدیثه)، ج ۳، ص۵۰: ثمّ إنّـک بملاحظه ما ذکرنا تقـدر علی التخلّص عن سائر ما ذکره، مع أنّه رحمه اللّه لم یذکرها للاعتماد، و الإنصاف: أنّها استبعادات فی محلّها.

گرچه بررسی این مبعّدات نقش سرنوشت ساز و قاطعی در قول به إفاده ی ملکیت معاطات ندارد، ولی از آن جا که حاوی مطالب مفید بوده و تدریب خوبی در فقه می باشد مناسب است به طور مختصر آن را بررسی کنیم.

شیخ کبیر قدس سره - در هشت فراز مبعّداتی را ذکر فرموده و مدعی است این ها اموری خلاف قاعده است که از قول به إباحه حاصل می شود و التزام به آن مستلزم تأسیس قواعد جدید در فقه می باشد.

مبعّد اوّل: إن العقود و ما قام مقامها لا تتبع القصود

اشاره

(۱)

یعنی لازمه ی قول به إباحه آن است که عقود و ما قام مقامها تابع قصود نباشد. مقصود از «عقود» ظاهراً عقد لفظی است و مراد از «ما قام مقامها» معاطات است، هر چند بنابر قول صحیح معاطات نیز عقد می باشد. بعضی گفته اند مقصود از «ما قام مقامها» ایقاعات است که درست نیست؛ چون ایقاع که قائم مقام عقد نمی شود و نیز قرائنی در کلمات شیخ وجود دارد که مراد از عقود، عقود لفظیه است و مراد از «ما قام مقامها» عقد فعلی است که قائم مقام عقد لفظی شده است.

قاعده ی پذیرفته شده در فقه آن است که عقدها تابع قصدهاست؛ یعنی اگر کسی قصد بیع کرد بیع محقق می شود، قصد اجاره کرد اجاره محقق می شود، قصد جعاله کرد جعاله محقق می شود و ... ولی اگر معاطات مفید إباحه باشد این قاعده مُنخرم می شود؛ چراکه در معاطات طرفین معامله قصد تملیک و تملّک دارند و می خواهند آن چه در بیع لفظی اتفاق می افتد با معاطات محقق شود؛ یعنی

۱- شرح الشیخ جعفر علی قواعد العلامه ابن المطهر، ص۱۳۷: منها: إن العقود و ما قام مقامها لا تتبع القصود و قصد الملک و التملیک عند المعامله و البناء علیهما لا محض الإباحه بها لا ینافیها.

عوض ملک بـایع و معوّض ملـک مشتری گردد، در حـالی که لازمه ی قول به إباحه در معاطات آن است که علی رغم چنین قصدی، عوض ملک بایع و معوّض ملک مشتری نشود، فقط إباحه ی تصرف داشته باشند و در صورت تلف یا تصرّف متوقف بر ملک، آناًما قبل از آن ها ملکیت محقق شود!

پس با قول به إباحه در معاطات، تخلف عقـد از قصد لازم می آید که قاعده ی جدیدی در فقه می باشد و باید از کلّیت قاعده ی «العقود تتبع القصود» رفع ید کرد.

پاسخ شیخ قدس سره – به مبعّد اوّل

مرحوم شیخ در پاسخ مبعّد اوّل شیخ کبیر قدس سره – می فرماید:

اوّلاً: قاعـده ی «العقود تتبع القصود» مربوط به عقودی است که شارع آن ها را امضاء فرموده و صـحیح می باشد و چنین تبعیّتی مقتضـای دلیل صـحّت آن هاست، ولی عقودی که شارع آن ها را امضاء نکرده و در نتیجه حکم به بطلان و فساد می شود تابع قصد نیست، بلکه در چنین عقودی آن چه واقع می شود خلاف قصد است.(۱)

به عنوان مثـال در بیع غرری، قصـد متبایعین تبـدیل مال است که عوض ملک بایع و معوض ملک مشتری شود، ولی چون طبق روایت شـریف «نهی النبی– صـلی الله علیه و آله و سـلم –عن بیع الغرر» حکم به بطلان بیع غرری می شود، پس قصـد متبایعین محقق

۱- المکـاسب المحرمه (ط – الحـدیثه)، ج ۳، ص۴۶: أمّـا حکـایه تبعیّه العقود و مـا قام مقامها للقصود، ففیها: أوّلًا: أنّ المعاطاه لیست عنـد القائل بالإباحه المجرّده من العقود، و لا من القائم مقامها شـرعاً؛ فإنّ تبعیه العقـد للقصـد و عدم انفکاکه عنه إنّما هو لأجل دلیل صـحّه ذلک العقـد، بمعنی ترتّب الأثر المقصود علیه، فلا یعقل حینئـذٍ الحکم بالصـحّه مع عدم ترتّب الأثر المقصود علیه، أمّا المعاملات الفعلیّه التی لم یدلّ علی صحّتها دلیل، فلا یحکم بترتّب الأثر المقصود علیها، کما نبّه علیه الشهید فی کلامه المتقدّم من أنّ السـبب الفعلی لا یقوم مقام السبب القولی فی المبایعات، نعم إذا دلّ الدلیل علی ترتّب أثر علیه حکم به و إن لم یکن مقصوداً.

نمی شود. در ما نحن فیه هم چون معاطات در نظر قائلین به إفاده ی إباحه اصلاً از عقود یا قائم مقام عقود نیست شرعاً و در نتیجه باطل است، پس لازم نیست تابع قصد باشد؛ چراکه فاسد بودن ملازم با تابع قصد نبودن است.

بنابراین با قول به إباحه در معاطات، قاعده ی «العقود تتبع القصود» منخرم و مخدوش نمی شود؛ چون معاطات که سبب فعلی است نزد قائلین به إباحه اصلاً عقد نیست تا مشمول ادلّه باشد.

إن قلت: اگر عقد باطل است پس چگونه حکم به إباحه می شود؟

قلت: إباحه ی تصرّف در مأخوذ به معاطات، یک حکم شرعی است که موضوعش تعاطی است؛ نه این که چون تصحیح عقد شده تصرف مباح است. به عبارت دیگر عقد معاطاتی باطل بوده و کالعدم می باشد ولی شارع فرموده با این که عقد باطل است تصرف در مأخوذ به معاطات جایز است و این یک حکم شرعی است که ربطی به عقد ندارد تا گفته شود عقد تخلف از قصد پیدا کرده است.

ثانیاً: علی فرض این که تخلف عقد از قصد پدید بیاید، مستلزم تأسیس قواعد جدید نیست؛ چراکه موارد متعددی در فقه وجود دارد که عقد تابع قصد نبوده و تخلف پدید می آید. بنابراین این قاعده مانند اکثر قواعد اعتباریه قابل تخصیص است.(۱)

۱- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص۴۷: ثانیاً: أنّ تخلّف العقد عن مقصود المتبایعین کثیر، فإنّهم أطبقوا علی أنّ عقد المعاوضه إذا کان فاسداً یؤثّر فی ضمان کلٍّ من العوضین القیمه؛ لإفاده العقد الفاسد الضمان عندهم فیما یقتضیه صحیحه، مع أنّهما لم یقصدا إلّا ضمان کلٍّ منهما بالآخر. و توهّم: أنّ دلیلهم علی ذلک «قاعده الید»، مدفوع: بأنّه لم یذکر هذا الوجه إلّا بعضهم معطوفاً علی الوجه الأوّل، و هو إقدامهما علی الضمان، فلاحظ المسالک. و کذا الشرط الفاسد لم یقصد المعامله إلّا مقرونه به غیر مفسد عند أکثر القدماء. و بیع ما یملک و ما لا یملک صحیح عند الکلّ. و بیع الغاصب لنفسه یقع للمالک مع إجازته علی قول کثیر. و ترک ذکر الأجل فی العقد المقصود به الانقطاع یجعله دائماً، علی قولٍ نسبه فی المسالک و کشف اللثام إلی المشهور. نعم، الفرق بین العقود و ما نحن فیه: أنّ التخلّف عن القصود یحتاج إلی الدلیل المخرج عن أدلّه صحّه العقود، و فیما نحن فیه عدم الترتّب مطابق للأصل.

از جمله مواردی که می توان به عنوان تخلف عقد از قصد نام برد عبارتست از:

مواردی از تخلّف عقد از قصد در فقه

۱. عقـد معاوضه اگر فاسد باشد در صورتی که طرفین، عِوض یا مُعوَّض را تلف کرده باشـند یا نزد آنان تلف شده باشد ضامن قیمت هسـتند به خاطر قاعده ی معروف «ما یضـمن بصـحیحه یضـمن بفاسده». ولی فرقی که ضـمان عقد صحیح با ضمان عقد فاسد دارد این است که ضـمان عقد صـحیح ضـمان معاوضی است؛ یعنی همان عوض و معوّض که در معاوضه معیّن کرده اند بر عهـده ی بـایع و مشتری است، امّا ضـمان عقـد فاسـد، قیمت یا مثل می باشـد، در حالی که این خلاف قصـدشان است؛ زیرا طرفین که علی وجه الضـمان اقدام بر معامله کردند و به همین خاطر عقد فاسد ضـمان دارد قصد کرده بودند مثمن به اندازه ی ثمن مورد ضمان قرار گیرد؛ نه به مثل یا قیمت که ممکن است متفاوت از ثمن باشد. پس در این جا تخلف عقد از قصد اتفاق افتاده است.

ممکن است کسـی توهم کند: دلیل ثبوت ضـمان در عقد فاسد، «إقدام به ضمان» نیست، بلکه قاعده ی علی الید و اتلاف یعنی «من أتلف مال الغیر فهو له ضامن» است که ربطی به عقد ندارد و در نتیجه تخلف عقد از قصد رخ نداده است.

شیخ قدس سـره - در پاسخ می فرماید: دلیل عمده ی فقهاء بر ضـمان در «ما یضـمن بصـحیحه یضـمن بفاسده» اقدام بر ضـمان است که از عقد استفاده می شود. بله

[بعضی] قاعده ی علی الید را نیز به عنوان مؤید به آن ضمیمه کرده اند.(۱)

۲. بین قـدما و چه بسا متأخرین معروف است که شـرط فاسد در عقود مفسد نیست؛ یعنی اگر در ضـمن عقد شـرطی ذکر شود که خلاف شـرع بوده و تحلیل حرام یا تحریم حلال کنـد باعث فساد عقد نمی شود، بلکه عقد بدون آن شـرط فاسد محقق می شود(۲) که این یکی از مصادیق بارز تخلف عقد از قصد می باشد.

۳. اگر معـامله ای بر مـا یُملـک و مـا لاـ یُملـک بـا هم واقع شود؛ مثلاً در یک معامله گوسـفندی که ما یُملک می باشـد همراه خنزیری که برای مسـلمان مـا لاـ یُملک است فروخته شود، گفته انـد: بیع نسـبت به ما یُملک صـحیح بوده، ولی نسـبت به ما لا یُملک فاسد است، نهایت این که مشتری خیار تبعّض صفقه دارد.

همچنین اگر کسـی در یک معامله ما یَملک را همراه ما لا یَملک بفروشد؛ مثلاً کتاب خودش را به همراه کتاب زید که مالک آن نیست بفروشد، گفته اند: بیع نسـبت به ما یملک صحیح بوده و نسبت به ما لا یملک صحیح نیست. و این دو نیز از مصادیق تخلف عقد از قصد می باشد.

۴. یکی دیگر از موارد تخلّف عقـد از قصد «بیع الغاصب لنفسه» است که با إجازه ی مالک، بیع برای مالک محقق می شود؛ نه غاصب، در حالی که این خلاف

۱-ماننـد شـهید ثانی قدس سره - در مسالک الأفهام إلی تنقیح شـرائع الإسـلام، ج ۳، ص۱۵۴: لا إشـکال فی ضـمانه إذا کان جاهلاـ بالفسـاد، لأـنّه أقـدم علی ان یکون مضـمونا علیه، فیحکم علیه به، و إن تلف بغیر تفریـط، و لقوله صـلّی اللّه علیه و آله و سلّم: «علی الید ما أخذت حتی تؤدی». و من القواعد المقرره فی هذا الباب أنّ کل عقد یضـمن بصـحیحه یضـمن بفاسده، و أنّ ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده.

۲- کثیراً ما این سؤال مطرح می شود که اگر کسـی قرض ربوی گرفت آیا اصل قرض صحیح است یا خیر؟ پاسخ آن است که قرض ربوی چون قرض با شـرط فاسد زیاده است، طبق نظر کسانی که شـرط فاسد را مفسد نمی دانند اصل قرض صحیح بوده و می تواننـد در آن تصـرف کنند، هرچند به خاطر انعقاد چنین عقدی مرتکب حرام تکلیفی شده اند [و پرداخت زیاده نیز لازم نیست].

قصد متبایعین است؛ چون غاصبی که مال غصبی را به دیگری می فروشد قصدشان این بوده که بیع برای غاصب محقق شود، ولی کثیری از فقهاء گفته اند صحّت این عقد فضولی منوط به إجازه ی مالک است و با إجازه ی مالک، ثمن نیز به کیس مالک می رود، در حالی که متعاقدین یعنی غاصب و مشتری قصد کرده بودند ثمن به کیس غاصب داخل شود. پس تخلف عقد از قصد محقق شده است.

۵. نسبت به مشهور داده شده(۱) که ترک ذکر أجل در عقد نکاح منقطع و موقّت باعث می شود که به نکاح دائم منقلب شود و این از مصادیق واضح تخلف عقد از قصد می باشد؛ چراکه می خواستند عقد به نحو موقت واقع شده و نفقه لازم نباشد، ارث در پی نداشته باشد و ... ولی با ترک ذکر أجل خلاف آن اتفاق افتاده است.

جناب شیخ قدس سره - بعد از ذکر موارد تخلف عقد از قصد در فقه به عنوان نقض بر کلام کاشف الغطاء قدس سره - می فرماید: فرقی که تخلف عقد از قصد در ما نحن فیه با عقود صحیحه و ما بِحُکمِها دارد این است که تخلف عقد از قصد در عقود صحیحه احتیاج به دلیل خاص یا عام دارد تا مورد را از ادله ی عامه ی صحت عقود خارج کند؛ چراکه ادله ی صحت عقود مانند (أوفُوا بالعُقُود) اقتضاء می کند

۱- مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام، ج ۷، ص۴۴۷: لا ـ خلاف فی أنّ ذکر الأجل شرط فی صحّه نکاح المتعه، و هو المائز بینها و بین الدائم. و قد دلّ علیه صحیحه زراره عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: «لا تکون متعه إلّا بأمرین: بأجل مسمّی، و أجر مسمّی». و لو قصد المتعه و أخلّ بذکر الأجل فالمشهور بین الأصحاب أنّه ینعقد دائما. • کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام، ج ۷، ص۲۸۰: و لو أخلّ به بطل العقد وفاقا لوالده لأنّه بإهمال الأجل لا یقع متعه، و بقصد الانقطاع لا یقع دائما، فإنّ العقد تابع للقصد. و منعه مسندا بأنّه یحکم بالصحه مع الاشتمال علی الشروط الفاسده، غیر وارد، فإنّ الشروط أمور خارجه عن العقد بخلاف الأجل و الدوام. و قیل فی المشهور ینقلب دائما لأنّ اللفظ صالح لهما، و إنّما یتمحض للمتعه بذکر الأجل، فإذا أهمل تعیّن للدوام.

اثر مترتب بر عقد به همان نحوی که متعاقدین قصد کرده اند باشد؛ چون می فرماید به همان چیزی که با هم عقد بستید وفادار باشید، لذا موارد تخلف از قصد احتیاج به دلیل مُخرج دارد. به خلاف ما نحن فیه که تخلف از قصد احتیاج به دلیل مخرج ندارد، بلکه مطابق اصل است؛ زیرا عقد به نحو صحیح واقع نشده، لذا اصل آن است که قصد متعاطیین محقق نشود.

بررسی پاسخ شیخ به مبعّد اوّل کاشف الغطاء قدس سرهما –

پاسخ اوّل شیخ به کلام کاشف الغطاء قدس سرهما – این بود که قاعده ی «العقود تتبع القصود» مربوط به عقود صحیح است؛ نه عقود باطل مانند معاطات، لذا حکم به إباحه در معاطات اصلاً مربوط به عقد و قصد متعاطیین نیست تا تخلف عقد از قصد لازم آید، بلکه یک حکم شرعی است که موضوعش معاطات می باشد.

خدمت جناب شیخ قدس سره – عرض می کنیم: گرچه این پاسخ طبق نظریه ای که إباحه را یک حکم شرعی بیگانه از عقد می داند که موضوعش معاطات است صحیح می باشد، ولی کلام کاشف الغطاء قدس سره – ناظر به کلمات کسانی است که إباحه را حکم شرعیِ بیگانه از عقد تلقی نکرده اند که معاطات صرفاً موضوع آن باشد، بلکه قصد متعاطیین و فی الجمله عقد را دخیل در حکم دانسته اند، لذا کلام کاشف الغطاء با نظر به کلمات فقهاء درست بوده و قول به إباحه با قواعد متداول فقه سازگار نیست و مستلزم تأسیس قواعد جدید می باشد.

ظاهر کلام شیخ قدس سره – که إباحه یک حکم شرعی است و ربطی به قصد متعاطیین ندارد با کلمات فقهاء که قبلاً نقل کردیم سازگاری ندارد. از کلمات شیخ طوسی قدس سره – در مبسوط، ابن برّاج قدس سره – در جواهر الفقه، ابی الصلاح حلبی قدس سره – در کافی، ابن حمزه قدس سره – در وسیله، ابن زهره قدس سره – در غُنیه و بالخصوص کلمات ابن ادریس قدس سره –

در سرائر(۱) استفاده می شود که حکم به إباحه مقتضای اقدام متعاطیین است؛ زیرا بعضی(۲) دلیل آن را تراضی ذکر کردند یا بعضی(۳) تعبیر کردند معاطات مفید إباحه است؛ یعنی متعاطیین إباحه کرده اند. بله برخی(۴) تعبیر به «استباحه» کردند که اعم است از این که مستفاد از اقدام متعاطیین باشد یا از غیر آن، ولی چون بعضی(۵) تراضی را عطف بر استباحه کرده اند کشف می شود استباحه ای که مستفاد از اقدام متعاطیین است مرادشان می باشد.

پس اشکال شیخ کبیر قدس سره - طبق کلمات فقهاء که إباحه از تعاطی و إقدام متعاطیین ناشی می شود، با غمض عین از جواب دوّم وارد بوده و مستلزم تأسیس قواعد جدید می باشد.

ولی پاسخ دوم جناب شیخ بر کلام کاشف الغطاء قدس سرهما - که فرمودند موارد تخلف

۱- السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ج ۲، ص۲۴۹: و لیس هذا من العقود الفاسده، لأنّه لو کان عقدا فاسدا لم یصحّ التصرف فیما صار إلی کلّ واحد منهما، و انما ذلک علی جهه الإباحه.

۲- الکافی فی الفقه، ص۳۵۲: فإن اختل شرط من هذه لم ینعقد البیع و لم یستحق التسلیم، و ان جاز التصرف مع اختلال بعضها للتراضی دون عقد البیع، و یصح معه الرجوع.

۳- غنیه النزوع إلی علمی الأصول و الفروع، ص۲۱۴: و احترازا أیضا عن القول بانعقاده بالمعاطاه، نحو أن یدفع إلی البقلی قطعه و یقول: أعطنی بقلا، فیعطیه، فإن ذلک لیس ببیع و إنما هو إباحه للتصرف.

۴- الخلاف، ج ۳، ص۴۱: دلیلنا: إن العقد حکم شرعی، و لا دلاله فی الشرع علی وجوده هاهنا، فیجب أن لا یثبت. فأما الاستباحه بذلک فهو مجمع علیه، لا یختلف العلماء فیها.

۵- المبسوط فی فقه الإمامیه، ج ۲، ص۸۷: فإذا ثبت هذا فکل ما یجری بین الناس إنما هو استباحات و تراض دون أن یکون ذلک بیعا منعقدا مثل أن یعطی للخباز درهما فیعطیه الخبز.

عقـود از قصود در فقه بسـیار است و لـذا مسـتلزم تأسـیس قواعـد جدیـد نیست درست است. قاعـده ی «العقود تتبع القصود» به حسب اصـل اولی است و مربـوط به جاهـایی است که شـارع عقـد عرفی را که منطبق بر قصـد متعاقـدین محقق می شود مطلقاً امضاء فرموده است؛ امّا اگر مواردی را شارع بیان کرده باشـد که عقـد مقـداری از قصد تخلف دارد هیچ اشـکالی ندارد به آن ملتزم شویم.

نقوض جناب شـیخ بر کلام کاشف الغطاء قـدس سـرهما - نیز وارد است، هر چند بعضـی تلاش کرده اند همه یا اکثر آن را به گونه ای پاسخ دهند، ولی تلاش آنان غیر ناجح بوده و نتوانسته مشکل را حل و کلام کاشف الغطاء را تثبیت کند.

پاسخ بعضی به نقوض شیخ قدس سره – در مبعّد اوّل و نقد آن

نقض اوّل شـیخ قدس سـره - این بود که قاعده ی «ما یضـمن بصحیحه یضمن بفاسده» اقتضاء می کند که ضمان در عقد فاسد ضمان به مسمّی باشد؛ نه ضمان به قیمت؛ چراکه دلیل ضمان، اقدام متعاقدین است، لذا ضمان به قیمت از موارد تخلّف عقد از قصد محسوب می شود.

در پاسخ به نقض اوّل شیخ گفته اند(۱): اکثر فقهاء دلیل ضمان را قاعده ی «من اتلف»

۱- حاشـیه المکـاسب (للیزدی)، ج ۱، ص۷۱: أقول لاـ یخفی أنّه لیس شـی ء من هـذه الموارد من بـاب التّخلّف عن القصـد إلّا الوجه الأخیر بناء علی القول به و هو انقلاب الانقطاع دواما مع عدم ذکر الأجل و ذلک لأنّ فی المورد الأوّل نقول أوّلا إنّ الحقّ ما ذکره المتوهّم من أنّ الـدّلیل علی الضّـمان قاعده الید و إن لم یکن نظر المشـهور إلیها إذ المتبع ما هو مقتضـی الحقّ لا ما هو فی نظر المشـهور بناء علی صـحّه النّسـبه و ثانیا علی فرض کون الوجه فی الضّمان هو الإقدام فلیس ذلک من قبیل ما نحن فیه إذ لیس هـذا من باب إمضاء المعامله علی خلاف المقصود بل بعـد الحکم بالفساد و عدم الإمضاء أصـلا حکم بالضّـمان فی صوره الإقدام علیه و بالعدم فی صوره العدم و أین هذا من تخلّف العقد عن القصد و هذا واضح جدّا. • حاشیه المکاسب (للإیروانی)، ج ۱، ص۷۹: أنّـا نمنع تخلّف العقـد فیهـا عن القصـد إمّا اقتضاء عقـد المعاوضه إذا فسـد ضـمان القیمه مع أنّهما قصـد الضّـمان بالمسـمّی فـذلک من جهه أنّ معنی تبعیّه العقد للقصد هو تبعیّه العقد إذا صحّ للقصد و أمّا العقود إذا فسدت فلیست مصـبّا لهذه القاعده مع أنّ الحقّ أنّ الضّـمان فیها ضـمان الید و لیس للإقدام عنوان و تأثیر و لذا لا ضـمان بعد العقد و قبل القبض. • حاشـیه کتاب المکاسب (للأصفهانی، ط - الحدیثه)، ج ۱، ص۱۱۶: و ینـدفع: بعد معلومیه المسامحه فی أمثال هذه التعبیرات، أنّ ترتب الضمان علی العقد الفاسد کترتب الإباحه شرعا من باب ترتب الحکم علی موضوعه، لا من باب ترتب المسبب علی سببه، بل لو فرض أنّ بابه باب ترتب المسبب علی سببه فهو مغایر لترتیب الأمر التسبیبی علی ما یتسبب إلیه، و الأمر العقدی القصدی الذی لا بـد من أن یکون علی فرض وقوعه قصـدیا هو الثـانی دون الأول، إذ لا دلیل عقلا علی أنّ کل مسـبب یترتب علی سـبب عقـدی قصدی، فضـلا عما إذا کان مثل نسبه الحکم إلی موضوعه. مضافا إلی أنّ الضـمان بواسـطه الید لا بالعقد الفاسد، و لو فرض أنّه بالأقـدام و أریـد منه الإقـدام المعاملی العقـدی- فهو عنـد القائل به من حیث الاقدام علی طبیعی الضـمان فی ضـمن الاقدام علی ضمان خاص، و نفی الخصوصـیه لا یوجب نفی أصله، فالواقع مقصود ضمنا لا أنّه غیر مقصود، و سیجی ء إن شاء الله تعالی تمام

الكلام فيه فى محله.

یا «علی الید» ذکر کرده اند؛ نه إقدام متعاقدین، لذا تخلف عقد از قصد پدید نمی آید.

ولی علی فرض این که این کلام درست باشد و أکثر فقهاء دلیل ضمان را قاعده ی «من اتلف» یا «علی الید» ذکر کرده باشند، همین که عده ای سبب ضمان را إقدام متعاقدین هر چند به عنوان دلیل دوم دانسته اند کافی است که بگوییم مورد از مصادیق تخلّف عقد از قصد بوده و در نتیجه نقض شیخ بر کلام کاشف الغطاء قدس سرهما - وارد است؛ چراکه معلوم می شود تخلف عقد از قصد چیز جدیدی نیست و در فقه نظیر دارد.

نقض دوم این بود که التزام به این که «شرط فاسد در عقود مفسد نیست» از مصادیق تخلف عقد از قصد می باشد.

در پاسخ گفته اند(۱): شرط در ضمن عقد چیزی غیر از اصل عقد و معامله

۱- حاشیه المکاسب (للیزدی)، ج ۱، ص۷۱: و أمّا المورد الثّانی و هو حکمهم بصحّه العقد مع فساد الشّرط مع أنّ المقصود مقترن به فوجه عدم الإفساد أنّه من باب تعدّد المطلوب لا التّقیید و لا العنوانیّه فلا دخل له بما نحن فیه إذ لیس من باب التّخلّف إلّا بالنّسبه إلی المطلوب الثّانوی و لذا قلنا إنّه مثبت للخیار کما فی تخلّف الشّرط الصّحیح و من ذلک یظهر حال المورد الثّالث و هو بیع ما یملک و ما لا یملک بل عدم التّقیید فیه أظهر کما لا یخفی. • حاشیه المکاسب (للإیروانی)، ج ۱، ص۷۹: و أمّا الشّرط الفاسد بناء علی أنّه لا یؤثّر فی فساد العقد فذلک من جهه أنّ مبنی ذلک الکلام هو تعدّد الالتزام و أنّ الشّرط التزام فی التزام لا- أنّ الالتزام توجّه إلی أمر مقیّد فإذا فسد أحد الالتزامین لم یقتض ذلک فساد الآخر. • حاشیه کتاب المکاسب (للأصفهانی، ط – الحدیثه)، ج۱، ص۱۱۷: و یندفع: بأنّه عند غیر واحد من القائلین به من باب تعدد المطلوب، و أنّ کلا منهما- أی المقید و المجرد- مطلوب، فتأثیر العقد فیما هو مضمونه بذاته- دون ما هو مضمونه بقیده- لیس من باب وقوع ما لم یقصد، و لکنا قد ذکرنا ما هو التحقیق فیه فی باب الشروط فراجع.

می باشد و تعدّد مطلوب است، لذا عدم فساد عقد با فساد شرط، از مصادیق تخلف عقد از قصد نیست.

ولی این کلام درست نیست؛ چراکه متعاقدین قصد کرده بودند با این شرط معامله کنند و چه بسا بدون آن شرط اصلاً قصد معامله نداشتند. پس تخلف عقد از قصد محقق شده است.

نقض سوم این بود که در «بیع ما یُملک و ما لا یُملک منضماً» و نیز «بیع ما یَملک و ما لا یَملک منضماً»، بیع نسبت به ما یُملک و ما یَملک محقق می شود و نسبت به ما لا یُملک و ما لا یَملک محقق نمی شود و این از موارد تخلف عقد از قصد می باشد.

در پاسخ گفته اند(۱): هر یک از «بیع ما یُملک و ما لا یُملک منضماً» و «بیع ما

۱- حاشیه المکاسب (للإیروانی)، ج ۱، ص۷۹: و أمّا بیع ما یملک و ما لا یملّک فالحکم فیه وارد علی القاعده من جهه انحلال البیع المتعلّق بصفقه إلی بیوع متعدّده علی سبیل الاستغراق جمعها لفظ واحد نعم إذا کان وصف الاجتماع قیدا دخیلا فی المتعلّق کان ذلک نقضا علی القاعده فإن عمّت الفتوی تلک الصوره کان ذلک من باب التّخصیص للقاعده. • حاشیه کتاب المکاسب (للأصفهانی، ط – الحدیثه)، ج۱، ص۱۱۷: و یندفع: بما فصّلنا القول فیه فی محله، ملخصه أنّ البیع الإنشائی و إن کان واحدا لا یقبل الإنکار، إلّا أنّ البیع الحقیقی و هو التملیک واحد بوحده عمومیه لا بوحده شخصیه حقیقیه، لوضوح أنّ التملیک لیس إلّا إیجاد الملکیه، و الإیجاد و الوجود متحد بالذات و مختلف بالاعتبار، و وجود الملکیه من الإضافات المتشخصه بتشخص أطرافها، و یستحیل أن تکون ملکیه کل جزء عین ملکیه الجزء الآخر، فکما أنّ الملکیه متعدده برهانا فکذا إیجادها، و لیس البیع إلّا إیجاد الملکیه، بل العقد المعنوی دون الإنشائی اللفظی أیضا متعدد، إذ لا حقیقه للعقد المعنوی- الذی یقبل البقاء و الارتفاع و الانحلال- إلّا القراران المرتبطان، و سنخ القرار سنخ معنی لا یستقل بالتحصّل بل أمر تعلّقی، و هو هنا القراران الواردان علی ملکیه عین بعوض، فمع تعدد المقوّم و المحصّل یستحیل وحده العقد المعنوی اللبی، و علیه فتأثیر عقد و بیع دون آخر لیس من تخلف العقود عن القصود.

یَملک و ما لا ـ یَملک منضماً» در حقیقت منحل به دو بیع می شود که یکی صحیح بوده و دیگری باطل، لذا تخلف عقد از شرط پدید نمی آید.

این کلام نیز صحیح نیست؛ زیرا انحلال در صورتی محقق می شود که گرچه یک صیغه خوانده شده، ولی [هر کدام یک مبیع مستقل محسوب شده] و دارای ثمن جدا باشد که در این صورت چه بسا ملتزم شویم خیار تبعّض صفقه هم ندارد، امّا اگر [منضماً یک مبیع محسوب شود] و ثمن نیز برای مجموع [بما هو مجموع] باشد و بایع یا مشتری چه بسا حاضر به خرید یا فروش به صورت جداگانه نباشد انحلال محقق نمی شود، لذا التزام فقهاء به صحت بیع نسبت به ما یُملک و ما یَملک و عدم صحت بیع نسبت به ما لا یُملک و ما لا یَملک از مصادیق تخلف عقد از قصد می باشد.

نقض چهارم این بود که در «بیع الغاصب لنفسه» صحت عقد منوط به إجازه ی مالک بوده و برای مالک محقق می شود؛ نه غاصب و این از موارد تخلف عقد از قصد می باشد.

در پاسخ به این نقض نیز گفته اند(۱): قوام عقد بیع به تبادل ثمن و مثمن است و

۱- حاشیه المکاسب (للیزدی)، ج ۱، ص۷۱: و أمّا الرّابع و هو بیع الغاصب فالإجازه إنّما تتعلّق بنفس المبادله بین المالین لا بلحاظ قصده کون العوض له مع أنّ هذا القصد من الغاصب لیس إلّا مجرّد الدّاعی و لیس داخلا ـ فی حقیقه المعامله و علی فرض کونه من باب التّقیید یمکن الالتزام بعدم صحّته بالإجازه. • حاشیه المکاسب (للإیروانی)، ج ۱، ص۷۹: و أمّا بیع الغاصب لنفسه و وقوعه للمالک المجیز إذا أجاز فسیجی ء توجیهه بما ینطبق علی القاعده و أنّ الغاصب باع للمالک الواقعیّ و قد ادّعی أنّه هو فتلغی دعواه و یقع البیع للمالک الواقعیّ مع إجازته مع أنه یمکن أن یقال إنّ قصد وقوع المعامله لشخص خاص خارج عن متن المعامله و إنّما متن المعامله المعاوضه بین المالین و التبعیّه للقصد ثابت فی متن المعاوضه لا فی حواشیها.

متعاقدین نقش مهمی در بیع ندارند، لذا وقتی مالک إجازه می کند با این که بایع و عاقد، غاصب بوده نه مالک، بیع برای مالک محقق می شود. پس معلوم می شود مهم تبادل بدل و مبدلٌ منه است و شخص متعاقدین مهم نیست، لذا در بیع الغاصب لنفسه تخلف عقد از قصد پدید نمی آید.

جواب این هم روشن است و آن این که گرچه رکن بیع، تبادل عوض و معوّض است لذا بیع به مبادله مالٍ بمالٍ مّا یا تملیک عینٍ بعوضٍ یا ... تعریف شده است ولی این طور نیست که متعاقدین در بیع دخیل نباشند و الا لازمه اش آن است که اگر مثلاً زید کتابش را به عمرو فروخت و گفت «بعتُک کتابی» ولی بکر به جای عمرو که مخاطب کلام زید بود گفت «قبلتُ» بیع واقع شود! پس معلوم می شود متعاقدین در بیع دخیل هستند و لذا در بیع الغاصب لنفسه تخلف عقد از قصد محقق می شود و نقض جناب شیخ بر کلام کاشف الغطاء قدس سرهما - وارد است.

نقض پنجم این بود که ترک ذکر أجل در عقد منقطع باعث می شود که به نکاح دائم منقلب شود و این از مصادیق واضح تخلف عقد از قصد می باشد.

در پاسخ به این نقض گفته اند(۱): ما قائل نیستیم که با ترک ذکر أجل و مدت،

۱- حاشیه المکاسب (للإیروانی)، ج ۱، ص۷۹: و أمّا انقلاب العقد المقصود به الانقطاع إلی الدّوام إذا ترک ذکر الأجل نسیانا فهو فی نفسه متنازع فیه نعم المشهور ذهبوا إلی الانقلاب ثم هم اختلفوا فی أنّ الحکم مطابق للقاعده أو مخالف لها و قد اقتضاه النّص و مبنی الخلاف هو أنّ الدّوام و الانقطاع نوعان من النّکاح أو نوع واحد و لذا لا یحتاج وقوعه دائما إلی قصد الدوام فإذا قلنا بالثّانی فإن قیّد إنشاء النّکاح بذکر المدّه وقع انقطاعا و إلّا دام و إن کان المقصود الانقطاع و إنّما یدوم من أجل أنّه إذا تحقّق النّکاح دام حتی یجی ء ما یزیله ما لم یقیّده فی الإنشاء و مجرّد القصد الواقعی للقید لا یجدی فی تقیید ما أنشأ و إن شئت قلت إنّ قاعده التبعیّه مؤدّاها تبعیّه العقود لما قصد منها فی مقام الإنشاء دون المقصود الواقعی و ما قصد هنا بالإنشاء جنس النّکاح لا النّکاح المحدود و لو کان ذلک لنسیان التحدید و الجنس إذا وقع استمرّ بذاته لا باقتضاء العقد للاستمرار. • حاشیه کتاب المکاسب (للأصفهانی، ط - الحدیثه)، ج ۱، ص۱۱۸: یندفع: بأنّه إذا نسی التأجیل بعد أن کان بانیا علیه، فلم یقصد حینئذ بالعقد إلّا نکاح الغیر المؤجل، فالواقع مقصود عقدی، و ما لم یقع لم یتعلق قصد عقدی به، و إن تعلق به بناء و عزم خارجی. و أمّا إذا نسی ذکر الأجل مع قصده فی مقام العقد، أو تعمّد الإخلال بذکره مع قصده فهو مورد الاشکال، و من یقول به حینئذ یری أنّ النکاح حقیقه واحده، غایه الأمر أنها تاره مؤقته و أخری لا مؤقته، فإذا قصد حقیقه النکاح و لم یحدده فی مرحله العقد، فقد قصد طبیعه النکاح الذی یکفی فی وقوعه دائما عدم توقیته و عدم تحدیده فی مرحله التسبب الیه، من دون لزوم قصد الدوام لینافیه قصد التوقیت، فیلغو هذا القصد الذی لم یذکر فی مرحله التسبب العقدی القصدی، فالواقع و هو النکاح اللامؤقت مقصود لقصد أصل النکاح و عدم التوقیت. و بالجمله من یقول بالانقلاب مبناه علی عدم تخلّف العقد عن القصد، و من لا یقول به فلا نقض علیه، و تمام الکلام فی محله.

عقد منقطع به نکاح دائم منقلب می شود، مگر در یک صورت.

ولی همین که عـده ای از فقهاء قائل شده اند عدم ذکر أجل نسـیاناً موجب انقلاب عقد منقطع به دائم می شود، کافی است در این که نقض جناب شـیخ قـدس سـره - وارد باشـد؛ چراکه ثابت می شود تخلف عقد از قصد فی الجمله در فقه معهود است و کلام کاشف الغطاء قدس سـره - که فرمود قول به إباحه در معاطات چون تخلف از قصد است مستلزم تأسیس قواعد جدید در فقه می شود، درست نیست.

پس نتیجه این شد که نقض های جناب شیخ قدس سره - وارد است و این که بعضی

نظرشان در فقه مطابق آن نیست ضربه ای نمی زند؛ زیرا تمام همّ شیخ انصاری قدس سره - آن است که اثبات کند تخلف از قصد فی الجمله در فقه معهود است و قول به إباحه در معاطات که از مصادیق تخلف از قصد است مستلزم تأسیس فقه جدید نیست.

مبعّد دوم: تصرّف یا اراده ی تصرّف از مملّکات باشد

اشاره

دومین مبعِّدی که جناب کاشف الغطاء(۱) قدس سره - به عنوان قاعده ی جدید در فقه ذکر می کند که از قول به إباحه در معاطات لازم می آید، این است که تصرّف یا اراده ی تصرّف از مُمَلِّکات باشد؛ چون قائلین به إباحه ملتزمند اگر یکی از طرفین در مأخوذ به معاطات تصرّف متوقف بر ملک کند ملک آخذ می شود و این بدین معناست که تصرّف یا اراده ی تصرّف مُمَلّک باشد؛ زیرا باید یک لحظه قبل از تصرف یا هم زمان با تصرف ملکش شود تا تصرّفی که می کند تصرّف در ملک باشد، در حالی که هر دو امر غریبی است در فقه؛ نه می توان ملتزم شد که اراده ی شخصی بر تصرّف در چیزی مُمَلّک آن شیء برای وی باشد و نه می توان ملتزم شد که خود تصرّف مُمَلّک باشد و ملکیت هم زمان با تصرّف حاصل شود؛ خصوصاً با توجه به این که مالک اوّل [چنین قصدی نکرده و] اذن نداده که تصرّف یا اراده ی تصرّف مُمَلّک باشد، بلکه او قصد کرده از همان لحظه که عین

۱- شرح الشیخ جعفر علی قواعد العلامه ابن المطهر، ص۱۳۸: و منها إن إراده التصرف من المملکات فتملک العین و المنفعه بإراده التصرف بهما أو معه دفعه و إن لم یخطر ببال المالک الأول الإذن فی شی ء من هذه التصرفات لأنه قاصدٌ للنقل من حین الدفع، و أنه لا سلطان له بعد ذلک بخلاف من قال: اعتق عبدی و تصدق بمالی عنک. • المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص۴۴: و منها: أن یکون إراده التصرّف من المملّکات، فتملک العین أو المنفعه بإراده التصرّف بهما، أو معه دفعه و إن لم یخطر ببال المالک الأوّل الإذن فی شیءٍ من هذه التصرّفات؛ لأنّه قاصد للنقل من حین الدفع، و أنّه لا سلطان له بعد ذلک، بخلاف من قال: أعتق عبدک عنّی، و تصدّق بمالی عنک.

را تحویل داد، نفس عین در مثل بیع یا منفعت عین در مثل إجاره، ملک آخذ شود و اصلاً بعد از إعطاء برای خود سلطنتی قائل نیست تا اذن دهد هر وقت تصرّف یا اراده تصرّف کرد مُمَلّک باشد.

بله در برخی موارد [قرینه وجود دارد] که قبل از تصرفِ متوقف بر ملک، اذن در تملّک داده است؛ مثلاً ـ وقتی گفت: «أعتِق عبدک عنّی»(۱)؛ از جانب من عبدت را آزاد کن، به این معناست که وکالت داده عبد را از جانب وی تملّک کند سپس آزاد کند؛ چون «لا عتق الا فی ملک». یا اگر گفت: «تصدّق بمالی عنک»؛ مال مرا از جانب خودت صدقه بده؛ به این معناست که مال مرا ابتدا تملّک کن، سپس از جانب خودت صدقه بده؛ یعنی مالک به وی وکالت داده که از جانب مالک برای خودش إنشاء تملیک کند و بعد از قبول از جانب خودش صدقه دهد. پس در این دو مثال مالک إذن در تملّک داده و اراده ی مالک با آن چه اتفاق می افتد یکی است، امّا در معاطات مالک چنین قصدی نکرده که طرف مقابل با تصرف یا اراده ی تصرف مالک شود، بلکه قصد دارد به صِرف إعطاء و أخذ مالک شود. بنابراین التزام به این که در معاطات با تصرف یا اراده ی تصرف، ملکیت حاصل می شود امری غریب و خلاف قاعده می باشد؛ خصوصاً با توجّه به این که مالک چنین قصدی نکرده است.

۱- مثال اول را جناب شیخ قدس سره - همان طور که در متن آمده ذکر کرده اند، ولی جناب کاشف الغطاء قدس سره - مثال را این چنین ذکر کرده اند: «اعتق عبدی و تصدق بمالی عنک» و مثال اول و دوم شبیه هم می باشد. آن طور که جناب شیخ ذکر فرموده با هدفی که کاشف الغطاء قدس سره - از ذکر این مثال دارند خیلی مناسب نیست؛ چراکه ایشان می خواهند بیان بفرمایند که در بعضی موارد قرینه وجود دارد مالک که اذن در تصرف متوقف بر ملک به کسی می دهد، قبل از تصرف إذن در تملّک به وی داده است، به خلاف ما نحن فیه که چنین قصدی نکرده است. (امیرخانی)

پاسخ شیخ قدس سره – به مبعّد دوم کاشف الغطاء قدس سره –

شیخ اعظم – رحمه الله علیه – در پاسخ به مبعِّد دوم می فرماید(۱): این که تصرّف یا اراده ی تصرّف مُمَلّک باشد مقتضای جمع بین ادلّه است. این ادلّه عبارتست از:

۱. استصحاب عدم تحقق ملکیت برای هر یک از طرفین تا وقتی که یقین به تحقق ملکیت شود.

۲. دلیلی که بیان می کند آخذ می تواند هر گونه تصرّفی در مأخوذ به معاطات کند.

۳. أدله ای که بیان می کند بعض تصرّفات جز در ملک امکان ندارد مثل عتق، وطی و ... .

مقتضای جمع بین این سه دلیل آن است که مأخوذ به معاطات آناًما قبل از تصرّف یا هم زمان با تصرّف متوقّف بر ملک، به ملک آخذ در آید. به عنوان مثال در مورد جاریه ای که به معاطات أخذ کرده، استصحاب می گوید هنوز ملک آخذ نشده است. دلیل دیگر می گوید آخذ هر گونه تصرفی در جاریه می تواند انجام دهد حتی عتق و وطی. دلیل سوم می گوید: «لا عتق و لا وطی إلا فی ملکٍ». مقتضای دلیل اوّل و دوم آن است که قبل از عتق و وطی ملکیّتی برای آخذ رخ نداده، ولی می تواند عتق یا وطی کند که اگر با دلیل سوم جمع کنیم نتیجه این می شود که در آخرین لحظه ی متصل به وطی یا عتق یا هم زمان با آن ملکیّت رخ می دهد.

و این نظیر تصرّف متوقف بر ملک ذی الخیار و واهب در ما انتقل عنهما است. یعنی کسی که جاریه ای را فروخته و خیار فسخ دارد یا به غیر ذی رحم

۱- المکاسب المحرمه (ط – الحدیثه)، ج ۳، ص۴۸: و أمّا ما ذکره من لزوم کون إراده التصرّف مملّکاً، فلا بأس بالتزامه إذا کان مقتضی الجمع بین الأصل و دلیل جواز التصرّف المطلق، و أدلّه توقّف بعض التصرّفات علی الملک، فیکون کتصرّف ذی الخیار و الواهب فیما انتقل عنهما بالوطء و البیع و العتق و شبهها.

هبه کرده که می تواند رجوع کند، اگر در آن جاریه تصـرّف متوقف بر ملک کند؛ مثلاً وطی یا عتق کند یا به دیگری بفروشد این بـدین معنـاست که آناًمـا قبل از تصـرف یا هم زمان با تصـرف رجوع کرده و به ملکش در آمـده و در ملک خود تصـرّف کرده است.

بنابراین مملّکیت تصـرّف یا إراده ی تصـرّف، مقتضای قواعد بوده و در فقه نظیر دارد، لذا کلام کاشف الغطاء قدس سره – که فرمود خلاف قواعد شناخته شده است درست نیست.

پاسخ بهتر به مبعّد دوم کاشف الغطاء قدس سرهما –

به نظر می رسـد جواب بهتری می توان به مبعِّـد دوم داد و آن این که لازمه ی قول به إباحه در معاطات این نیست که بگوییم تصـرّف یا اراده ی تصرّف مملّک است، بلکه می گوییم: خود معاطات مُمَلّک است، ولی شرط دارد و آن، تصرّف یا اراده ی تصرّف است؛ یعنی تعاطی به شرط تصرّفِ [متوقف بر ملک] مُمَلّک است.

نظیر این حتی در عقـد لفظی نیز وجود دارد؛ مثلاً در بیع صَـرْف، صـحت و مُمَلّکیت آن مشـروط به تقابض فی المجلس است؛ یعنی صـحت بیـع طلاـ بـه طلاـ نقره به نقره، طلاـ به نقره و نقره به طلاـ منـوط به تقـابض فی المجلس است و اگر فی المجلس تقـابض نشود عقـد کالعـدم می شود. پس همـان طور که در بیع صـرف، عقـد به شـرط تقابض مملّک است در ما نحن فیه نیز تعاطی به شرط تصرّف مملّک است و هیچ غرابتی ندارد.

یـا در بیع سَـلَم (سـلف) مشـهور نزدیـک به اجمـاع بعیـد نیست حتی بتوان تحصـیل اجمـاع کرد قبض ثمن در مجلس را شـرط صحت و مُمَلّکیت می دانند و اگر در مجلس ثمن قبض نشود بیع سلم باطل خواهد بود.

یا در هبه که جناب شیخ به رجوع در هبه مثال زدند می گوییم: خود هبه نیز آن وقتی صحیح و مملّک است که قبض موهوب هر چند در غیر مجلس اتفاق بیافتد و صِرف قبول متّهب کفایت نمی کند. بنابراین تا موهوب توسط متّهب قبض نشده، به ملک واهب باقی است و نماء آن نیز برای واهب می باشد و اگر واهب قبل از إقباض فوت کند بین ورّاث تقسیم می شود.

همچنین در وقف، قبض شرط صحت آن است.

بنابراین در معاطات نیز می توانیم بگوییم تعاطی مملّک است به شرط تصرّف یا إراده ی تصرّف، لذا مبعّد دومی که جناب شیخ کبیر کاشف الغطاء قدس سره - فرمودند درست نیست.

شرط بودن قبض در صحت صرف، سلم، هبه و وقف که نقض بر مبعّد دوم کاشف الغطاء قدس سره - می باشد می تواند نقض بر مبعّد اوّل ایشان نیز باشد؛ زیرا ممکن است در این موارد تخلف عقد از قصد اتفاق بیافتد؛ مثلاً کسی که هبه می کند چه بسا قصدش این باشد که از همان لحظه ای که هبه کرد و متّهب قبول کرد به ملک متّهب درآمده است(۱)، در حالی که در نظر شارع ملکیت بعد از قبض حاصل می شود. همچنین است در صرف، سلم و وقف.

مبعّد سوم: لزوم تعلق واجبات مالیّه به غیر ملک

اشاره

کاشف الغطاء - رحمه الله علیه - در مبعّد سوم می فرماید(۲): لازمه ی قول به إباحه در معاطات

۱- لذا ممکن است موقع تخریج خمس، آن را حساب نکند و بگوید آن را به فرزندم یا ... بخشیده ام، در حالی که تا آن را تحویل نداده، ملک خودش محسوب می شود و باید خمس آن را نیز حساب کند.

۲- شرح الشیخ جعفر علی قواعد العلامه ابن المطهر، ص۱۳۸: و منها: إن الأخماس و الزکوات و الاستطاعه و الدیون و النفقات و حقّ المقاسمه و الشفعه و المواریث و الربا و الوصایا تتعلق بما فی الید مع العلم ببقاء مقابله و عدم التصرف به أو عدم العلم به فینفی بالأصل فتکون متعلقه بغیر الأملاک و إن صفه الغنی و الفقر تترتب علیه کذلک فیصیر ما لیس من الأملاک بحکم الأملاک. • المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص۴۴: و منها: أنّ الأخماس و الزکوات و الاستطاعه و الدیون و النفقات و حقّ المقاسمه و الشفعه و المواریث و الربا و الوصایا تتعلّق بما فی الید، مع العلم ببقاء مقابله، و عدم التصرّف فیه، أو عدم العلم به، فینفی بالأصل، فتکون متعلّقه بغیر الأملاک، و أنّ صفه الغنی و الفقر تترتّب علیه کذلک، فیصیر ما لیس من الأملاک بحکم الأملاک.

آن است که باید ملتزم شویم خمس، زکات، استطاعت برای حج، لزوم پرداخت دین، لزوم انفاق بر واجب النفقه، حق مقاسمه، حق شفعه، ارث، ربا، وصیت و ... به ما فی الید تعلق بگیرد با این که ملک ذو الید نشده است؛ چون مقابل آن هنوز باقی است و تصرّف [متوقف بر ملک] در آن نشده است یا [حداقل] شک داریم که هنوز باقی است یا در آن تصرّف شده که با استصحاب ثابت می شود هنوز باقی بوده و در آن تصرف نشده است. بنابراین لازمه ی قول به إباحه آن است که امور مذکور به غیر ملک تعلق گیرد، [در حالی که این امور از شؤون ملک بوده] و به ملک تعلق می گیرد.

به عنوان مثال کسی که با معاطات چیزی را به دست آورده و سود کرده است، در صورتی که فاضل بر مؤونه باشد باید خمس آن را بدهد، حال اگر بگوییم معاطات مفید إباحه است نه ملک، لازمه اش آن است که خمس به غیر ملک تعلق گیرد و این فقه جدید است! کما این که زکات نیز این چنین است؛ یعنی باید زکات مال را [در صورتی که زکوی(۱) باشد] بپردازد در حالی که ملکش نیست.

همچنین لازم می آید به خاطر استیلاء وی بر مال با معاطات، استطاعت پیدا کرده و حج بر وی واجب شود با این که مالک آن نیست، یا اگر بدهکار است واجب است دَینش را پرداخت کند و دائن نیز می تواند از وی مطالبه ی دَین کند؛ چون حکم إعسار از وی برداشته شده با این که مالک نیست! و اگر خودش

۱- مثلاً به حدّ نصاب درهم و دینار به معاطات أخذ کرده و یک سال نزد خود نگاه داشته است.

پرداخت نکرد تقاص از ما فی الید وی جایز باشد(۱)، یا پرداخت نفقه ی زن و فرزند بر وی واجب باشد، یا اگر یکی از دو شریک حصّه ی خودش را به شخص ثالث به معاطات فروخت شریک دیگر بتواند إعمال حق شفعه کرده و آن حصّه را تصاحب کند با این که از ملك شریکی که حصّه اش را به معاطات فروخته، خارج نشده است! یا اگر فوت کرد آن مال به ورّاث برسد بدون این که ملك مورِث بوده باشد. یا اگر عِوَضین مکیل و موزون و از یك جنس باشند در صورت زیاده ی یکی از عوضین ربا محقق شود با این که بنابر قول به إباحه اصلاً معاوضه ای رخ نداده، بلکه فقط إباحه ی تصرف کرده اند! [یا وصیت مُجاز در ثلث به این مال تعلق گیرد و در نتیجه مُخرج از ثلث باشد با این که از اموالش نیست تا مخرج از ثلث باشد.](۲)

همچنین لازمه اش آن است که اصلاً صفت غنا و فقر دائر مدار ملك نباشد؛ چراکه معلوم است اگر کسی [هیچ مالی نداشته، ولی] استیلاء بر اموال زیادی از طریق معاطات داشته باشد غنی بر وی اطلاق می شود و دیگر فقیر نیست، لذا نمی تواند زکات بگیرد، در حالی که بنابر قول به إباحه مالك آن اموال نیست و فقط إباحه ی تصرف دارد. پس معلوم می شود صفت غنا و فقر دائر مدار ملك نیست، بلکه دائر مدار ما فی الید می باشد!

۱- هذا بناء علی کون العباره «حق المقاصه». و اما بناء علی کون العباره «حق المقاسمه» فبیانه: أنّه إذا اشترک اثنان فی شراء شی ء مشاعا، ثبت لکل منهما حق القسمه و إفراز حصته من حصه شریکه، مع أنّه لیس ملکا له، بل ثبت بالمعاطاه مجرد إباحه التصرف، و علیه یلزم تعلق حق القسمه بما فی الید دون الملک. فالمراد بحق المقاسمه هو تعلق حق القسمه لمن صار المال عنده إذا کان مشاعا إذ لمن یصل الیه المال بالمعاطاه أن یطالب شریکه بالقسمه مع أنه لا یکون المال له.

۲- المکاسب و البیع (للمیرزا النائینی)، ج ۱، ص۱۵۴: و المراد بالوصایا هو صیروره هذا المال مخرجا للثلث مع أنه لا یکون من أمواله فکیف یصیر مخرجا للثلث.

پاسخ شیخ به مبعّد سوم کاشف الغطاء قدس سرهما –

شیخ – رحمه الله علیه – در پاسخ به مبعّد سوم می فرماید(۱):

اوّلاً: در تعلّق بعض امور مذکور به ما فی الید شرط نیست که ذو الید مالک باشد؛ مثلاً در وجوب پرداخت نفقه بر زن و فرزند، لازم نیست که ما فی الید ملکش باشد، بلکه اگر دیگری بر وی إباحه کرده باشد مثلاً پدرش إباحه کرده که از خوراک و پوشاک برای زن و فرزند بردارد، ولی تملیک وی نکرده است نیز واجب است آن را به زن و فرزند نفقه دهد. به عبارت دیگر آن چه واجب است إنفاق است؛ نه إنفاق از ملکِ خود.

همچنین در مورد استطاعت که شرط وجوب حج است از کریمه ی (وَ لِلَّهِ عَلَی النَّاسِ حِجُّ الْبَیْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَیْهِ سَبِیلا)(۲) استفاده می شود که [مطلق] استطاعت شرط است؛ نه استطاعت عن ملکٍ. لذا اگر به کسی گفته شود: مثلاً با ما حج بیا، تمام مخارج سفرت را متحمّل می شویم، مشمول (مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَیْهِ سَبِیلا) شده و حج بر وی واجب می شود.(۳)

۱- المکاسب المحرمه (ط – الحدیثه)، ج ۳، ص۴۸: و أمّا ما ذکره من تعلّق الأخماس و الزکوات إلی آخر ما ذکره فهو استبعاد محض، و دفعه بمخالفته للسیره رجوع إلیها، مع أنّ تعلّق الاستطاعه الموجبه للحجّ، و تحقّق الغنی المانع عن استحقاق الزکاه، لا یتوقّفان علی الملک.

۲- سوره ی مبارکه ی آل عمران، آیه ی ۹۷: (فیهِ آیاتٌ بَیِّناتٌ مَقامُ إِبْراهیمَ وَ مَنْ دَخَلَهُ کانَ آمِناً وَ لِلَّهِ عَلَی النَّاسِ حِجُّ الْبَیْتِ مَنِ اسْتَطاعَ إِلَیْهِ سَبیلاً وَ مَنْ کَفَرَ فَإِنَّ اللَّهَ غَنِیٌّ عَنِ الْعالَمینَ)

۳- العروه الوثقی (للسید الیزدی)، ج ۲، ص۴۴۵: إذا لم یکن له زاد و راحله و لکن قیل له حج و علی نفقتک و نفقه عیالک وجب علیه و کذا لو قال حج بهذا المال و کان کافیا له ذهابا و إیابا و لعیاله فتحصل الاستطاعه ببذل النفقه کما تحصل بملکها من غیر فرق بین أن یبیحها له أو یملکها إیاه و لا بین أن یبذل عینها أو ثمنها و لا بین أن یکون البذل واجبا علیه بنذر أو یمین أو نحوها أو لا و لا بین کون الباذل موثوقا به أو لا علی الأقوی و القول بالاختصاص بصوره التملیک ضعیف کالقول بالاختصاص بما إذا وجب علیه أو بأحد الأمرین من التملیک أو الوجوب و کذا القول بالاختصاص بما إذا کان موثوقا به کل ذلک لصدق الاستطاعه و إطلاق المستفیضه من الأخبار و لو کان له بعض النفقه فبذل له البقیه وجب أیضا و لو بذل له نفقه الذهاب فقط و لم یکن عنده نفقه العود لم یجب و کذا لو لم یبذل نفقه عیاله إلا إذا کان عنده ما یکفیهم إلی أن یعود أو کان لا یتمکن من نفقتهم مع ترک الحج أیضا.

یا در صفت غنا و فقر، مالک بودن یا نبودن شرط نیست، اگر کسی مالک چیزی نباشد ولی تمام نیازهایش از طریق إباحه ی شخص دیگر بر آورده شود «فقیر» بر وی اطلاق نمی شود و الا اگر مالک بودن شرط غنا باشد باید بر فرزندان أغنیاء که همه نوع امکانات در اختیار دارند ولی ملکشان نیست، بلکه ملک پدر است نیز «فقیر» اطلاق کرد و در نتیجه بتوان زکات یا خمس اگر سید بودند به آنان إعطاء کرد!

پس در صفت غنا و فقر مالک بودن یا نبودن شرط نیست؛ چراکه فقیر یعنی نیازمند و غنی یعنی بی نیاز و بی نیازی می تواند با إباحه ی تصرف نیز حاصل شود.

همچنین است در مورد وجوب پرداخت دَین و برخی موارد دیگر که در تعلق آن به ما فی الید، ملک بودن لازم نیست.

ثانیاً: در سایر موارد نیز صرف استبعاد است؛ یعنی اگر دلیل اقتضاء کند که به غیر ملک نیز تعلق می گیرد مانعی از التزام به آن در مأخوذ به معاطات نیست؛ مثلاً اگر دلیل اقتضاء کند که خمس به مأخوذ به معاطات نیز تعلّق می گیرد(۱)، شفعه به

۱- به اطلاق کریمه ی (وَ اعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَیْءٍ) و روایت «الْخُمُسِ فِی کُلِّ مَا أَفَادَ النَّاسُ» و «الافاده یوماً بیوم». • الکافی (ط – الإسلامیه)، ج ۱، ص۵۴۵: عَلِیُّ بْنُ إِبْرَاهِیمَ عَنْ أَبِیهِ عَنِ ابْنِ أَبِی عُمَیْرٍ عَنِ الْحُسَیْنِ بْنِ عُثْمَانَ عَنْ سَمَاعَةَ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا الْحَسَنِ علیه السلام – عَنِ الْخُمُسِ فَقَالَ فِی کُلِّ مَا أَفَادَ النَّاسُ مِنْ قَلِیلٍ أَوْ کَثِیرٍ. • همان، ص۵۴۴: مُحَمَّدُ بْنُ یَحْیَی عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ سِنَانٍ عَنْ عَبْدِ الصَّمَدِ بْنِ بَشِیرٍ عَنْ حُکَیْمٍ مُؤَذِّنِ ابْنِ عِیسَی قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام – عَنْ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَی (وَ اعْلَمُوا أَنَّما غَنِمْتُمْ مِنْ شَیْ ءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَ لِلرَّسُولِ وَ لِذِی الْقُرْبی) فَقَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام – بِمِرْفَقَیْهِ عَلَی رُکْبَتَیْهِ ثُمَّ أَشَارَ بِیَدِهِ ثُمَّ قَالَ هِیَ وَ اللَّهِ الْإِفَادَةُ یَوْماً بِیَوْمٍ إِلَّا أَنَّ أَبِی جَعَلَ شِیعَتَهُ فِی حِلٍّ لِیَزْکُوا.

غیر ملک نیز تعلق می گیرد، ربا در غیر ملک نیز جاری است و ... به آن ملتزم می شویم و اگر دلیل اقتضاء نکرد، در مأخوذ به معاطات نیز نمی پذیریم تعلق بگیرد و این که شما مفروض گرفته اید که این امور به مأخوذ به معاطات علی رغم ملک نبودن آن تعلق می گیرد درست نیست، بلکه می گوییم تعلق یا عدم تعلق این امور به مأخوذ به معاطات بستگی به اقتضاء دلیل دارد، اگر دلیل اقتضاء کرد ملتزم می شویم و اگر دلیل اقتضاء نکرد می گوییم به مأخوذ به معاطات تعلق نمی گیرد.

«و دفعه بمخالفته للسیره رجوع إلیها»(۱)؛ یعنی اگر جناب کاشف الغطاء قدس سره - تعلق

۱- در این که مراد شیخ قدس سره - از این عبارت چیست، محشّین این طور فرموده اند: • حاشیه المکاسب (للیزدی)، ج ۱، ص۷۲: لا یخفی قصور العباره من تأدیه المراد و الظّاهر أنّ مراده قدّس سرّه أنّ الحکم بعدم تعلّق المذکورات بالمأخوذ بالمعاطاه استبعاد محض قلنا إن نلتزم بعدم التّعلّق و لا بأس به و دعوی أنّه مخالف للسّیره حیث إنّها جاریه علی التّعلّق مدفوعه بأنّه علی هذا تکون السّیره دلیلا علی التّعلّق و إن کان مخالفا للقاعده لأنّها دلیل علی تخصیصها. • المکاسب و البیع (للمیرزا النائینی)، ج ۱، ص۱۶۱: لا یخفی انه لا یظهر لهذه العباره معنی و یمکن أن یکون مرجع الضمیر المؤنث فی دفعها و مخالفتها هو الاستبعاد المذکور قبله و إتیان الضمیر مؤنثا مع تذکیر مرجعه کان بالمسامحه و المعنی (ح) و دفع الاستبعاد بأن عدم تعلق هذه الحقوق مخالف للسیره لقیام السیره علی تعلقها رجوع إلی السیره فلا یکون مستلزما لتأسیس قواعد جدیده و هذا غایه التوجیه لهذه العباره لکنه بعد کما تری لا یخلو عن التکلف. • نهج الفقاهه، ص۳۷: فکأن المراد أن عدم التعلق لا منع من الالتزام به کما تقتضیه القواعد لانتفاء الملکیه التی هی شرط فی التعلق. نعم هو مستبعد محضا، و دفع دعوی الاستبعاد المحض بمخالفتها للسیره فإنها قائمه علی التعلق فتکون دلیلا علیه رجوع إلی السیره التی تقدمت المناقشه فی حجیتها لإمکان کونها ناشئه عن عدم المبالاث لکن هذا المعنی خلاف ظاهر الترکیب. • حاشیه کتاب المکاسب (للأصفهانی، ط - الحدیثه)، ج ۱، ص۱۲۰: توضیح العباره: أنّ تعلق المذکورات بالمأخوذ بالمعاطاه مع عدم کونه ملکا بل مباحا، و کون حال هذا المباح الخاص حال الأملاک لا مانع منه إلّا مجرد الاستبعاد، إذ المفروض جواز جمیع التصرفات حتی الموقوفه علی الملک، و تعلق المذکورات بالمأخوذ بالمعاطاه. و دفع هذا الالتزام بمخالفته للسیره- حیث إنّ بناء المتشرعه علی معامله المأخوذ بالمعاطاه معامله الملک، بحیث لو سئلوا عن وجه تعلق المذکورات به، لأجابوا بأنّه کسائر الاملاک التی تتعلق بها المذکورات- رجوع إلی الاستدلال بالسیره علی الملک، و المفروض البناء علی الإباحه، و أنّ تأسیس قواعد جدیده یقتضی القول بالملک لا أنّ السیره مقتضیه له، هذا ما یتوجه فی النظر فی توضیح المراد من عبارته. و ربّما یحتمل وجه آخر و هو أنّ عدم تعلق المذکورات بما فی الید استبعاد محض، و دعوی قیام السیره علی تعلقها فعدم الالتزام به مخالفه للسیره، رجوع إلی السیره فیخصص بها القاعده المقتضیه لعدم تعلقها إلّا بالملک. و أنت خبیر بأنّ کاشف الغطاء قدّس سرّه لم یستبعد عدم التعلق، بل استبعد تعلقها مع عدم الملک، حیث قال قدّس سرّه: (فیصیر ما لیس من الأملاک بحکم الأملاک). ثم اعلم أنّ مقتضی کلام هذا الفقیه النبیه الوجیه أنّ تعلق المذکورات بالمأخوذ بالمعاطاه أمر مفروغ عنه، و لذا استبعد تعلّقها به مع عدم الملک، و لا موجب لکونه مسلّما فی الخارج إلّا بملاحظه سیره المتشرعه و معاملتهم معه معامله الملک، فلا مناص من أحد أمرین: إمّا الالتزام بکون المأخوذ ملکا أو الالتزام بتخصیص تلک الأدله الداله علی حصر تعلق المذکورات بالملک، و لازمه تأسیس قواعد جدیده علی خلاف ظواهر

تلک الأدله، و حینئذ لا بد للعامل بالإباحه أمّا منع حصر المذکورات بالملک، و إمّا حصول الملک بما لا یتحقق معه أمر غریب آخر زیاده علی غرابه مملکیه التصرف کما هو المفروض. • الحاشیه الثانیه علی المکاسب (للخوانساری)، ص۸۶: یحتمل عندی قویّا ان یکون معنی العباره هکذا و دفع عدم التعلّق بمخالفتها للسّیره حیث انّها قائمه علی التعلّق رجوع الی السّیره و قد تقدّم حالها فی ادلّه القائلین بالملک و انّ دعوی قیام السّیره المستمرّه علی معامله المأخوذ بالمعاطاه معامله الملک فی التصرّف فیه بالعتق و البیع و الوطی و الایصاء و توریثه و غیر ذلک من آثار الملک فهی کسائر سیراتهم النّاشئه عن المسامحه و قلّه المبالاه فی الدّین.

این امور به غیر ملک را با سیره دفع کند به این معنا که سیره قائم است که

خمس، زکات و ... به غیر ملک تعلق نمی گیرد و عملاً نسبت به ما فی الید که ملک نباشد خمس نمی پردازند، زکات نمی دهند، دین پرداخت نمی کنند و ... این در حقیقت رجوع به سیره است و از طریق سیره می خواهند اثبات کنند که معاطات مفید ملک است [که قبلاً در مورد آن صحبت کرده ایم]؛ نه از طریق استلزام تأسیس قواعد جدید در فقه و در واقع استدلال چنین است: [از طرفی می دانیم] امور مذکور اعم از خمس، زکات، استطاعت و ... به مأخوذ به معاطات تعلق می گیرد و [از طرفی هم] سیره قائم است بر این که این امور به غیر ملک تعلق نمی گیرد، پس با سیره کشف می کنیم که معاطات مفید ملک است.(۱)

پس خلاصه ی پاسخ شیخ قدس سره - به مبعّد سوم این شد که تعلق برخی از موارد مذکور مانند إنفاق، پرداخت دین، استطاعت و ... به ما فی الید متوقف بر ملک نیست و حتی توهّم آن که متوقف بر ملک باشد نیست. نسبت به برخی دیگر نیز صرف استبعاد است؛ اگر دلیل اقتضاء کرد که به غیر ملک تعلق می گیرد ملتزم می شویم و اگر دلیل اقتضاء نکرد که به غیر ملک تعلق گیرد مانند تقاص تعلق آن به مأخوذ به معاطات را نمی پذیریم و این که کاشف الغطاء قدس سره - مفروض گرفتند تعلق می گیرد درست نیست [و اگر از طریق سیره بخواهند اثبات کنند که اوّلاً این امور به مأخوذ به معاطات تعلق می گیرد و ثانیاً به غیر ملک تعلق نمی گیرد، پس معاطات مفید ملک است، در حقیقت رجوع به سیره است؛ نه استلزام قواعد جدید در فقه]. این پاسخ به نظر ما نیز صحیح می باشد.

۱- عبارت «و دفعه بمخالفته للسیره رجوع إلیها» کمی ابهام دارد، ولی ظاهراً منظور شیخ قدس سره - همین باشد که بیان کردم.

مبعّد چهارم: تصرف از یک جانب مملّک جانب دیگر باشد

کاشف الغطاء قدس سره – در مبعّد چهارم می فرماید(۱): لازمه ی قول به إباحه در معاطات آن است که تصرف [متوقف بر ملك] از یک جانب، مُملّك جانب دیگر باشد؛ مثلاً زید و عمرو که معامله ی معاطاتی کرده اند، تصرّف زید در مأخوذ به معاطات علاوه آن که موجب تملّك خودش می شود که امری غریب است موجب تملّك عمرو هم می شود!

جناب شیخ می فرماید(۲): پاسخی که در مورد مبعّد دوم بیان کردیم که مقتضای جمع بین سه دلیل آن است که ملتزم شویم تصرّف مملّك است، در این جا نیز کاربرد دارد؛ [یعنی مقتضای جمع بین سه دلیل آن است که تصرف از جانبی مملّك از جانب دیگر باشد، لذا مطابق با قواعد بوده و در فقه نظیر دارد.]

مبعّد پنجم: تلف سماوی از یک طرف مملّک طرف دیگر باشد

اشاره

کاشف الغطاء(۳) قدس سره – در مبعّد پنجم چند محذور را که قریب المخرج هستند در

۱- شرح الشیخ جعفر علی قواعد العلامه ابن المطهر، ص۱۳۸: و منها کون التصرف من جانب مملکاً للجانب الآخر مضافا إلی غرابه استناد الملك إلی التصرف. • المکاسب المحرمه (ط – الحدیثه)، ج ۳، ص۴۵: و منها: کون التصرّف من جانبٍ مملّكاً للجانب الآخر، مضافاً إلی غرابه استناد الملك إلی التصرّف.

۲- المکاسب المحرمه (ط – الحدیثه)، ج ۳، ص۴۹: و أمّا کون التصرّف مملّكاً للجانب الآخر، فقد ظهر جوابه.

۳- شرح الشیخ جعفر علی قواعد العلامه ابن المطهر، ص۱۳۸: و منها جعل التلف السماوی من جانب مملکاً للجانب الآخر و التلف من الجانبین معینا للمسمّی من الطرفین و لا رجوع إلی قیمه المثل حتی یکون له الرجوع بالتفاوت و مع حصوله فی ید الغاصب أو تلفه فیها فالقول بأنه المطالب لأنه تملك بالغصب أو التلف فی ید الغاصب غریب و القول بعدم الملك بعید مع إن التلف القهری- إن ملك التالف قبل التلف- فهو عجیب و معه بعید لعدم قابلیته حینئذٍ و بعده ملك معدوم و مع عدم الدخول فی الملك یکون ملك الآخر بغیر عوض و نفی الملك مخالف للسیره و بناء المتعاملین. • المکاسب المحرمه (ط – الحدیثه)، ج ۳، ص۴۵: و منها: جعل التلف السماوی من جانبٍ مملّكاً للجانب الآخر، و التلف من الجانبین معیّناً للمسمّی من الطرفین، و لا رجوع إلی قیمه المثل حتی یکون له الرجوع بالتفاوت. و مع حصوله فی ید الغاصب أو تلفه فیها، فالقول بأنّه المطالب؛ لأنّه تملّك بالغصب أو التلف فی ید الغاصب، غریب! و القول بعدم الملك بعید جدّاً، مع أنّ فی التلف القهری إن ملك التالف قبل التلف فهو عجیب! و معه بعید؛ لعدم قابلیّته، و بعده ملك معدوم، و مع عدم الدخول فی الملك یکون ملك الآخر بغیر عوض، و نفی الملك مخالف للسیره و بناء المتعاطیین.

ضمن یک «منها» بیان می کنند و آن این که:

۱. لازمه ی قول به إباحه در معاطات آن است که تلف سماوی از یک طرف، مُملّک طرف دیگر باشد؛ مثلاً زید که پول به عمرو داده و کتاب را در مقابل أخذ کرده است، اگر کتاب توسط صاعقه یا سیل تلف شود موجب می شود آن پول که برای فروشنده ی کتاب یعنی عمرو مباح بود ملکش شود!

۲. لازمه ی دیگر آن است که تلف سماوی از جانبین موجب تعیّن ضمان المسمّی برای طرفین شود؛ یعنی اگر کتاب یا پول به آفت سماوی تلف شد با این که کتاب ملک زید و پول ملک عمرو نشده بود و فقط به إباحه می توانستند استفاده کنند، ضمانی که بر عهده ی طرفین لازم می شود ضمان المسمّی باشد؛ [یعنی زید در مقابل تلف شدن کتاب عمرو که در دستش بود ضامن همان پول است و عمرو نیز در مقابل تلف شدن پول زید که در دستش بود ضامن همان کتاب است] و لذا لازم نیست چیزی ردّ و بدل شود، در حالی که قاعده ی اوّلیه در مورد ضمان مالی که در دست دیگری تلف شده و یدش ید ضمان بوده، طبق قاعده ی «علی الید ما أخذت حتّی تؤدّی» ضمان مثل یا قیمت است؛ یعنی اگر مثلی است باید مثل آن و اگر قیمی است باید قیمت آن را بپردازد و لذا اگر

تفاوتی بین قیمت المثل و قیمت المسمی باشد باید جبران شود. [پس اگر به جای ضمان المثل یا قیمت، ضمان المسمی ثابت باشد خلاف قاعده می باشد].

۳. لازمه ی دیگر قول به إباحه در معاطات آن است که اگر غاصبی مأخوذ به معاطات را غصب یا تلف کرد، در صورتی که بگوییم آخذ به معاطات (مغصوبٌ منه) می تواند آن را از غاصب مطالبه کند و اگر تلف شده خسارتش را بگیرد؛ چون با غصب یا تلف غاصب، آخذ دیگر مالک آن شده است، این بدین معناست که غصب غاصب یکی از مملّکات باشد و این امر عجیبی است! و اگر بگوییم بدون این که ملکش شده باشد می تواند مطالبه کند باز امر عجیبی است؛ چراکه مطالبه از غاصب از شؤون مالک بوده و فقط مالک می تواند آن را مطالبه کند.

۴. در تلف قهری مأخوذ به معاطات، اگر بگویید [آناًما] قبل از تلف به ملک آخذ در آمده و لذا ضمان مثل یا قیمت بر عهده ی وی نیست این امر عجیبی است و اگر بگویید هم زمان با تلف مالک می شود این هم [بعید است] چراکه معنا ندارد کسی چیزی را در حال تلف مالک شود؛ چون قابلیت تملّک ندارد و اگر بگویید بعد از تلف مالک می شود که دیگر وضع بدتر است و بدین معناست که شیء معدوم ملک کسی شود! و اگر بگویید مأخوذ به معاطات که قهراً تلف شده اصلاً وارد ملک آخذ نمی شود، بدین معناست که طرف مقابل بدون سبب و بدون این که معوّض از ملکش خارج شده باشد مالک عوض شده است! و اگر بگویید طرف مقابل مالک عوض نمی شود [لذا باید آن را به مالک اوّل برگرداند] این نیز خلاف سیره و بناء متعاطیین می باشد.

پاسخ شیخ قدس سره – به بخش اوّل مبعّد پنجم

کلام شیخ(۱) – رحمه الله علیه – در پاسخ به بخش اوّل مبعّد پنجم کمی مبهم است. خلاصه ی فرمایش ایشان به بیانی که برخی اشکالات بعض أعاظم محشّین منتفی شود این چنین است:

این که جناب کاشف الغطاء – رحمه الله علیه – فرمود: لازمه ی قول به إباحه در معاطات آن است که تلف [سماوی] از جانبین موجب تعیّن ضمان المسمّی برای طرفین شود، در حالی که قاعده اقتضاء ضمان المثل یا ضمان القیمه می کند، پاسخ آن است که تعیّن ضمان المسمّی خلاف قاعده نیست، بلکه مقتضای جمع بین سه دلیل است که عبارتند از:

۱. اجماع قائم است بر این که در معاطات ضمان به مثل یا قیمت وجود ندارد.

۲. قاعده ی «علی الید» بیان می کند تلف مال کسی در ید دیگری موجب ضمان مثل یا قیمت است.

۳. بنابر قول به إباحه، استصحاب عدم تحقق ملک مادامی که یقین به حصول ملک حاصل نشده جاری می باشد.

۱– المکاسب المحرمه (ط – الحدیثه)، ج ۳، ص۴۹: و أمّا کون التلف مملّکاً للجانبین، فإن ثبت بإجماع أو سیره کما هو الظاهر کان کلٌّ من المالین مضموناً بعوضه، فیکون تلفه فی ید کلٍّ منهما من ماله مضموناً بعوضه، نظیر تلف المبیع قبل قبضه فی ید البائع؛ لأنّ هذا هو مقتضی الجمع بین هذا الإجماع و بین عموم «علی الید ما أخذت» و بین أصاله عدم الملک إلّا فی الزمان المتیقّن وقوعه فیه. توضیحه: أنّ الإجماع لمّا دلّ علی عدم ضمانه بمثله أو قیمته، حکم بکون التلف من مال ذی الید؛ رعایهً لعموم «علی الید ما أخذت»، فذلک الإجماع مع العموم المذکور بمنزله الروایه الوارده فی أنّ: تلف المبیع قبل قبضه من مال بائعه، فإذا قدّر التلف من مال ذی الید، فلا بدّ من أن یقدّر فی آخر أزمنه إمکان تقدیره؛ رعایهً لأصاله عدم حدوث الملکیه قبله، کما یقدّر ملکیه المبیع للبائع و فسخ البیع من حین التلف؛ استصحاباً لأثر العقد.

اگر این سه مطلب را ضمیمه کنیم نتیجه ی آن در مثالی که زید کتابی را از عمرو در مقابل ثمن معلوم به معاطات می خرد این می شود که بنابر قول به إباحه کتاب به ملک عمرو باقی است و ملکیتی برای زیـد نسبت به کتاب رخ نداده است، ولی اجماع وجود دارد که اگر تلف شد ضمانش به مثل یا قیمت نیست، بلکه ضمانش به همان مسمّایی است که در مقابل کتاب پرداخت کرده است و اگر احیاناً قیمت المثل بیشتر باشد لازم نیست زید ما به التفاوت را به عمرو بپردازد. از طرف دیگر قاعده ی «علی الیـد» بیان می کنـد اگر کتاب عمرو در یـد زیـد تلف شـد ضـمان به مثل یا قیمت است، لـذا از این که ضـمان به مثل یا قیمت نیست کشف می کنیم که إباحه تبـدیل به ملکیت شـده و الا طبق قاعـده ی «علی الیـد» باید ضـمان به مثل یا قیمت می شد. امّا این که این ملکیّت چه موقعی رخ داده، با استصـحاب عـدم تحقق ملکیت تا زمانی که چاره ای جز التزام به تبـدیل نـداریم می توانیم اثبات کنیم که تبدیل حین تلف رخ داده است.

پس ضـمیمه ی سه دلیل مفیـد آن است که مأخوذ به معاطات از حین تلف یا آناًما قبل از تلف به ملک آخـذ در می آیـد و به همین جهت ضـمانش به مُسـمّی است؛ نه مثل یا قیمت. بنابراین این مطلب که تلف از جانبین موجب تعیّن ضـمان المسـمّی می باشد طبق قاعده بوده و کلام کاشف الغطاء قدس سره - که فرمود خلاف قاعده است درست نیست.

این مسأله در فقه نظیر دارد و آن این که: در مثال بیع کتاب به زیـد با صـیغه، اگر کتاب قبل از تحویل به زید تلف شود، قاعده اقتضـاء می کنـد که از کیس مشتری تلف شود؛ نه از کیس بـایع؛ چراکه به مجرد تحقق عقـد و تحویـل ثمن به بـایع، کتاب به ملک زید در آمده و تحویل کتاب به زید شرط صحت عقد نیست(۱)، لذا باید تلف از

۱- چون معامله به نحو صرف و سلم نبوده است.

کیس مشتری باشد؛ نه بایع و لازم نباشد بایع ثمن را به زید برگرداند.

امّا روایت بیان می کند که «کُلُّ مَبِیعٍ تَلِفَ قَبْلَ قَبْضِهِ فَهُوَ مِنْ مَالِ بَائِعِه»(۱)؛ هر مبیعی قبل از آن که توسط مشتری قبض شود تلف گردد از مال بایع است. لذا بایع باید ثمن را به مشتری برگرداند.

مرحوم شیخ می فرماید: مقتضای جمع بین این دو مطلب که از یک طرف بیع واقع شده و کتاب به ملک زید در آمده و از طرف دیگر تلف آن قبل از قبض، از ملک بایع می باشد آن است که بگوییم: مبیع به ملک بایع برگشته و معامله فسخ شده است. انفساخ معامله هم از حین تلف می باشد؛ زیرا استصحاب ملکیت زید تا زمان تلف که دیگر چاره ای جز انفساخ بیع نیست جاری می باشد.

بررسی پاسخ شیخ قدس سره –

مرحوم شیخ با تمسّک به قاعده ی «علی الید» خواستند اثبات کنند ضمانی که در ما نحن فیه وجود دارد ناشی از ملکیت است و الا لازمه اش آن است که قاعده تخصیص بخورد؛ چون إجماع وجود دارد که ضمان در معاطات به مثل یا قیمت نیست بلکه به مسمّی است، لذا ناچاریم بگوییم ملکیت برای ذو الید حاصل شده

۱- عوالی اللئالی العزیزیه فی الأحادیث الدینیه، ج ۳، ص۲۱۲: قَالَ النَّبِیُّ۹: کُلُّ مَبِیعٍ تَلِفَ قَبْلَ قَبْضِهِ فَهُوَ مِنْ مَالِ بَائِعِه. • الکافی (ط – الإسلامیه)، ج ۵، ص۱۷۱: مُحَمَّدُ بْنُ یَحْیَی عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَیْنِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ هِلَالٍ عَنْ عُقْبَهَ بْنِ خَالِدٍ عَنْ أَبِی عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام – فِی رَجُلٍ اشْتَرَی مَتَاعاً مِنْ رَجُلٍ وَ أَوْجَبَهُ غَیْرَ أَنَّهُ تَرَکَ الْمَتَاعَ عِنْدَهُ وَ لَمْ یَقْبِضْهُ قَالَ آتِیکَ غَداً إِنْ شَاءَ اللَّهُ فَسُرِقَ الْمَتَاعُ مِنْ مَالِ مَنْ یَکُونُ؟ قَالَ: مِنْ مَالِ صَاحِبِ الْمَتَاعِ الَّذِی هُوَ فِی بَیْتِهِ حَتَّی یُقَبِّضَ الْمَتَاعَ وَ یُخْرِجَهُ مِنْ بَیْتِهِ فَإِذَا أَخْرَجَهُ مِنْ بَیْتِهِ فَالْمُبْتَاعُ ضَامِنٌ لِحَقِّهِ حَتَّی یَرُدَّ مَالَهُ إِلَیْهِ. • کشف الرموز فی شرح مختصر النافع، ج ۱، ص ۴۶۰: ... لحصول الاتّفاق منّا أنّ کل مبیع تلف قبل قبض المشتری و إقباضه فهو من البائع.

است؛ چراکه دلیلی بر تخصیص قاعده وجود ندارد و اصل بر عدم تخصیص است.

خدمت شیخ - رحمه الله علیه - عرض می کنیم: کاربرد اصاله عدم التخصیص و اصاله عدم التقیید آن جایی است که عام یا مطلقی وجود داشته، آن گاه شک در تخصیص یا تقیید آن داشته باشیم؛ مثلاً دلیل عام می گوید: «اکرم کل عالمٍ عادلٍ» و ما شک می کنیم نسبت به عالِم مرتکب خلاف مروّت تخصیص خورده است یا نه؟ با تمسّک به أصاله عدم التخصیص می گوییم عموم به جای خود محفوظ بوده و عالم مرتکب خلاف مروّت نیز واجب الاکرام می باشد. امّا اگر یقین داشته باشیم عالِم عادل مرتکب خلاف مروّت واجب الاکرام نیست، ولی نمی دانیم دلیل عام تخصیص خورده یا این که تخصصاً خارج شده است در این جا با تمسک به اصاله عدم التخصیص نمی توانیم بگوییم پس تخصصاً خارج شده است.(۱) کما این که اگر مراد از لفظ معلوم باشد، با تمسّک به اصاله الحقیقه نمی توان گفت استعمال به نحو حقیقت است؛ نه مجاز.

در ما نحن فیه نیز اگر شک داشتیم ید [آخذ] موجب ضمان به مثل یا قیمت است یا نه، می توانستیم با تمسّک به اطلاق «علی الید» بگوییم موجب ضمان است، امّا چون بنابر اجماع می دانیم ضمانی که قاعده ی «علی الید» بیان می کند یعنی ضمان به مثل یا قیمت در مأخوذ به معاطات وجود ندارد دیگر نمی توانیم با تمسّک به اصاله عدم

۱- نهج الفقاهه، ص۴۰: عرفت عدم الدلیل علی حجیه أصاله عدم التخصیص لنفی موضوع العام إذ لم یثبت بناء العقلاء علی حجیه العام فی عکس نقیضه و ان نسب إلی الأصحاب فی تقریرات درس الأستاذ «ره» تبعا لما فی تقریرات درس المصنف (ره) فی تنبیهات الشبهه المصداقیه حیث نسبه الی استدلالاتهم الفقهیه جاز ما به، فان استدلالهم به فی بعض الموارد ینافیه ترک استدلالهم به فی مواضع کثیره فراجع، مع أن فی شمول العموم المذکور للید فی المعاطاه بناء علی إباحه جمیع التصرفات حتی الإتلاف تأملا ظاهرا.

التخصیص اثبات کنیم قاعده ی «علی الید» در ما نحن فیه تخصیص نخورده(۱)، بلکه تخصصاً موضوعش با «علی الید» تفاوت دارد و نتیجه بگیریم پس ضمان به مُسمّی در ما نحن فیه ناشی از حصول ملکیت برای آخذ می باشد، آن گاه با استصحاب اثبات کنیم حصول ملکیت از حین تلف بوده، نه قبل آن.

اصلاح پاسخ شیخ به کلام کاشف الغطاء قدس سرهما – در مبعّد پنجم

ولی پاسخ شیخ را می توان اصلاح کرد و به نحو آسان تری موضوع فوق را مقتضای قواعد کرد و آن این که فرمودند «اجماع وجود دارد که در مأخوذ به

۱- گرچه بعضی مانند محقق ایروانی قدس سره – ملتزمند در چنین جایی نیز می توان به اصاله عدم التخصیص تمسّک کرد، ولی مدرکی ندارد و سیره ی عقلاء در کشف استعمالات، مطابق آن نیست. • حاشیه المکاسب (للإیروانی)، ج ۱، ص۷۹: ثم إنّ التمسّک بعموم علی الید لإثبات الملک فی المقام من جزئیّات مسأله أصولیّه و هو أنّه إذا ورد عام ثم علم عدم ثبوت حکم هذا العام لشخص خارجیّ شکّ فی کونه من أفراد العام و عدمه فبالتّمسک بأصاله العموم و صیانه لعمومه عن التّخصیص یحکم بعدم کون المشکوک من أفراد العام و هاهنا حیث دلّ الدلیل علی أنّ الید علی مال الغیر یوجب الضّمان بالمثل و القیمه عند التّلف ثم علمنا بالإجماع و السیره أن لا ضمان بالمثل و القیمه هاهنا لکن لم یعلم أنّ ذلک لتخصیص علی الید بإخراج الید فی المقام عن عموم أو لأنّ الید فی المقام لیست یدا علی مال الغیر بل ید علی مال نفسه فخارجه عن ذاک العموم موضوعا حکمنا صیانه للعموم عن التّخصیص بأنّها ید علی مال نفسهثم باستصحاب عدم حدوث الملک بالمعاطاه أخّرنا الملک إلی زمان التّلف فصارت النتیجه ثبوت الملک آنا مّا عند التّلف و لازم هذا ملک الطّرف المقابل أیضا لما فی یده کی لا یلزم الجمع بین العوض و المعوّض لکن یتّجه علیه أنّ الید فی المقام ید أمانیّه فإن لم تکن أمانه مالکیّه فشرعیّه و لذا لا یجب ردّ العین إلی مالکها مع قیامها و الید الأمانیه خارجه عن عموم علی الید لا ضمان فیها فعدم الضّمان بالمثل و القیمه علی تقدیر عدم الملک فی المقام لیس تخصیصا مستقلّا لعموم علی الید حتی یتمسّک بعموم علی الید لدفعه و إثبات التّخصیص بثبوت الملک عند الشّک فی الملک و عدمه بل هو مخصّص خارج بدلیل عدم ضمان الأمین هذا مع أنّ التّمسک بالعموم لإثبات أنّ الخارج منه حکما خارج منه موضوعا مسأله نظریّه ربما یمنع عنها من جهه عدم إحراز بناء أهل اللّسان علی هذا التّمسک و إن کان الحقّ عندنا هو التّمسک.

معاطات ضـمان به مثل یا قیمت وجود نـدارد» این اجماع را می توان این چنین نیز بیان کرد شایـد در کلمات خود شـیخ(۱) هم باشـد و آن این که اجمـاع قـائم است بر این که مـأخوذ به معاطـات [در ملک آخـذ تلف می شود؛ نه مُعطی]. این اجماع وقتی استصـحاب به آن ضـمیمه شود مفید این است که مأخوذ به معاطات از حین تلف یا آنًاما قبل از تلف به ملک آخذ در می آید و هذا هو المطلوب.

لذا دیگر احتیاج به ضـمیمه ی قاعده ی علی الید و پیچاندن مطلب به نحوی که موجب به اشـتباه افتادن بعض محشّین(۲) شده نمی باشد.

۱- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص۴۹: و أمّا کون التلف مملّکاً للجانبین، فإن ثبت بإجماع أو سیره کما هو الظاهر کان کلٌّ من المالین مضـموناً بعوضه ... . ولی محقق اصـفهانی و ایروانی قـدس سـرهما - در توضـیح این مطلب می فرمایند: • حاشـیه کتاب المکاسب (للأصفهانی، ط - الحدیثه)، ج ۱، ص۱۲۶: قوله قدّس سرّه: (فإن ثبت بإجماع أو سیره ...) أی ما ادعاه کاشف الغطاء فی ذیل الإیراد من أنّه لا رجوع بالمثل و القیمه، لا أنّ غرضه إن ثبتت المملکیه بإجماع أو سیره، فإنّه مع الإجماع علی الملکیه و المملکیه لا حـاجه إلی کلفه الجمع بین القواعـد، فراجع ما عن بعض المحشـین فی شـرح هـذه العباره. • حاشـیه المکاسب (للإیروانی)، ج ۱، ص۷۹: قوله قدس سره (فإن ثبت بإجماع أو سیره) إن ثبت کون التلف مملّکا للجانبین بإجماع و نحوه لم یحتـج بعد ذلک إلی شـی ء ممّا رتّبه من المقدّمات لأنّ هذا غایه المقصود لکن مقصوده بقرینه قوله بعد هذا توضیحه أنّ الإجمـاع لمّـا دل إلی آخر مـا ذکره ثبوت عـدم ضـمان المثـل و القیمه بالإجمـاع لا کون التّلف مملّکـا للجانبین و إن کانت العباره لا تساعده.

۲- حاشـیه المکـاسب (للیزدی)، ج ۱، ص۷۲: لا یخفی أنّ الحکم بالضّمان بعوضه المسـمّی لیس عملا بعموم علی الیـد لأنّ مقتضاه وجوب المثل أو القیمه لا المسـمّی فمع فرض الإجماع علی الملکیّه لا بـدّ من الالتزام بتخصـیص قاعده الید إذا لم نحکم بـالملکیه من أوّل الأمر و حینئـذ فلا مقتضـی لجعله من بـاب تلف المبیع قبل قبضه و لا ینطبق علی القاعـده و مع الإغماض عن ذلک یرد علیه نظیر ما ذکرنا فی التّصـرّف من معاوضه العموم المـذکور بعموم قاعـده السّـلطنه و مقتضـی الأخذ بالعمومین طرح الأصل و الحکم بالملکیّه من الأوّل إذ معه لا یلزم مخالفه شی ء منهما فلا تغفل.

بنابراین اصل کلام شیخ - رحمه الله علیه - در مقابل کاشف الغطاء - رحمه الله علیه - که تعیّن ضمان المسمّی با تلف، خلاف قاعده نیست درست بوده هر چند روشی که در تبیین آن ارائه کردند مورد قبول ما نیست.

پاسخ شیخ قدس سره - به بخش دیگر مبعّد پنجم

کاشف الغطاء قدس سره - در بخش دیگر مبعّد پنجم فرمودند: لازمه ی قول به إباحه در فرضی که مأخوذ به معاطات در ید غاصب قرار می گیرد یا در ید غاصب تلف می شود آن است که اگر بگوییم آخذ می تواند از غاصب مطالبه کند، امر بعیدی است؛ چراکه آخذ حداقل در صورت عدم تلف مأخوذ مالک نیست و فقط إباحه ی تصرف دارد. و اگر بگوییم به مجرد غصب یا تلف به ملک آخذ در می آید چیز غریبی است؛ چون غصب یا تلف در ید غاصب از مملّکات می شود! و اگر بگوییم مُطالب مالک است و آخذ نمی تواند مطالبه کند، بدین معناست که حتی با تلف نیز آخذ مالک نشده و این هم امر بعیدی است.(۱)

شیخ انصاری - رحمه الله علیه - در پاسخ به این کلام می فرماید(۲): برای مسأله شق ثالثی نیز

۱- ظاهراً مراد کاشف الغطاء قدس سره - در این بخش از مبعّد پنجم به این صورت است: اگر بگوییم مُطالب آخذ است؛ نه مالک چراکه آخذ با غصب یا تلف در ید غاصب مالک شده است امر غریبی است؛ یعنی این که آخذ مُطالب باشد و مالک نتواند مطالبه کند امر غریبی است و اگر بگوییم مطالب مالک است؛ نه آخذ؛ چون آخذ مالک نشده است این هم غریب است؛ چراکه قول به این که آخذ حتی با تلف مالک نشده بعید است جداً. (امیرخانی) • شرح الشیخ جعفر علی قواعد العلامه ابن المطهر، ص۱۳۸: و مع حصوله فی ید الغاصب أو تلفه فیها فالقول بأنه المطالب لأنه تملک بالغصب أو التلف فی ید الغاصب غریب و القول بعدم الملک بعید.

۲- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص۴۹: و أمّا ما ذکره من صوره غصب المأخوذ بالمعاطاه، فالظاهر علی القول بالإباحه أنّ لکلٍّ منهما المطالبه ما دام باقیاً، و إذا تلف، فظاهر إطلاقهم «التملّک بالتلف»: تلفه من مال المغصوب منه. نعم، لو [لا] *** قام إجماع کان تلفه من مال المالک لو لم یتلف عوضه قبله. *** (قوله: نعم لو قام إجماع) الظاهر أن أصل العباره هکذا: (نعم لو قام إجماع فهو و إلا. إلخ) یعنی أن إطلاقهم کون التلف من مال المباح له یشمل صوره التلف بید الغاصب فان تم إجماع علیه فهو و الا کان مقتضی القاعده کون التلف من ملک المالک للأصل إذ الالتزام سابقا بکون التلف من ملک المباح له کان عملا بمقتضی الجمع بین الأدله حسبما تقدم و لیس کذلک هنا إذ لا مانع من العمل بعموم: «علی الید» بالنسبه إلی ید الغاصب المقتضی للضمان بالمثل أو القیمه، هذا إذا لم یتلف العوض الآخر قبل ذلک فی ید المباح له و الا کان تلفه موجبا للتملک من الجانبین حین التلف علی ما سبق. (نهج الفقاهه، ص۴۰)

قابل تصورّ است و آن این که مالک و آخذ هر دو می توانند مطالبه کنند و این طبق قاعده بوده و مشکلی هم ندارد. [البته این در صورتی است که در ید غاصب باقی باشد و تلف نشده باشد].

این که مالک می توانـد طلب کند؛ چون علی الفرض مالک آن است و تلف یا تصـرّفِ متوقف بر ملک که از مُملّکات اسـت اتفاق نیافتاده، لـذا می توانـد مالش را از غاصب مطالبه کند، کما این که اگر در ید آخذ بود قبل از تلف یا تصـرف متوقف بر ملک می توانست به خود آخذ رجوع کند و غاصب که بالاتر از خود آخذ نیست!

امّا این که آخـذ می توانـد مطالبه کند، آن هم طبق قاعده است؛ زیرا اگر کسـی حتی چیزی را به عاریه گرفت و غاصبی آن را ربود می تواند آن را از غاصب مطالبه کند؛ چون حق اسـتفاده از آن را دارد و غاصب حق او را غصب کرده است، چه رسد به ما نحن فیه.

بنابراین هم مالک و هم آخذ طبق قاعده می توانند مُطالب باشند و مشکلی ندارد. البته این در صورتی است که عین یا مقابلش تلف نشده باشد.

امّا اگر [عین یا] مقابلش تلف شـده باشد طبق قاعده ی کلی که تلف احد العوضـین مُملّک است، دیگر عین مال آخذ می شود و رابطه ی مالک اوّل با آن قطع شـده و در نتیجه فقط آخـذ می توانـد به غاصب رجوع کند. بله! اگر اجماعی قائم شد مبنی بر این که مالک می تواند در صورت تلف عین [در ید غاصب] و

عدم تلف مقابل آن، به غاصب رجوع کند مانعی ندارد و ملتزم می شویم.

این پاسخ شیخ به نظر ما نیز متین می باشد. پاسخ بخش های دیگر مبعّد پنجم نیز از ما سبق روشن می شود و دیگر شیخ قدس سره - متعرّض بررسی آن نمی شوند.

مبعّد ششم: تصرّف از نواقل قهریّه باشد

اشاره

جناب کاشف الغطاء قدس سره - در مبعّد ششم(۱) می فرماید: قائلین به إباحه که می گویند تصرّفِ [متوقف بر ملك] مُملّك و ناقل است، اگر تصرّف را از نواقل قهریه قرار دهیم بدین معناست که حتی بدون قصد نیز مُملّك باشد؛ یعنی عمل انسان مُملّك باشد بدون این که قصد مُملّکیت آن شده باشد و این امر بعیدی است، لهذا گفته اند: شخصی که بدون قصدِ تملّك کبوتری را در هوا گرفته تا آب و دانه اش دهد اگر دیگری آن را بردارد غصب نکرده، هر چند آن شخص کبوتر را حیازت کرده بود، امّا چون قصد تملّك نداشت برداشتن دیگری غصب محسوب نمی شود.

و اگر بگوییم تصرفات متوقف بر ملك به شرط قصد تملّك، مملّك است لازمه اش آن است که اگر آخذ بدون قصد تملّك و از روی غفلت جاریه را وطی کرد، وطی به شبهه کرده باشد؛ چون ملك دیگری است. یا اگر جنایتی نسبت به عبد یا جاریه مرتکب شد، جنایت بر مال دیگری کرده باشد و اگر تلف کرد مال دیگری را تلف کرده باشد! در حالی که نمی توان به آن ملتزم شد.

۱- شرح الشیخ جعفر علی قواعد العلامه ابن المطهر، ص۱۳۸: و منها: إن التصرف إن جعلناه من النواقل القهریه فلا یتوقف علی النیّه فهو بعید و إن أوقفناه علیها کان الواطئ للجاریه من غیر علم واطئ بالشبهه و الجانی و المتلف جانیاً علی مال الغیر و متلفاً له. • المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص۴۵: و منها: أنّ التصرّف إن جعلناه من النواقل القهریه فلا یتوقّف علی النیّه، فهو بعید، و إن أوقفناه علیها کان الواطئ للجاریه من غیرها واطئاً بالشبهه، و الجانی علیه و المتلف جانیاً علی مال الغیر و متلِفاً له.

پس معلوم می شود قول به إباحه مخدوش است.

بررسی مبعّد ششم

مرحوم شیخ مبعِّد ششم کاشف الغطاء را فقط نقل کردند و آن را بررسی نکردند. لذا ما خدمت کاشف الغطاء قدس سره - عرض می کنیم:

به چه دلیل می فرمایید تصرف نمی تواند قهراً مُملّک باشد؟ در مواردی می توان ملتزم شد تصرف قهراً مُملّک است؛ چنان که در مورد خیار ملتزم شده اند کسی که صاحب خیار است اگر بدون قصد إعمال خیار و بدون قصد فسخ و بلکه عن غفله تصرف متوقف بر ملک کرد موجب إعمال خیار و فسخ عقد و در نتیجه برگشت آن شیء به ملک ذو الخیار می گردد.

بنابراین قول به این که تصرف قهراً مملّک باشد در فقه نظیر دارد و این چنین نیست که تأسیس قاعده ی جدید در فقه لازم آید.

مبعّد هفتم: نماء حادث قبل از تصرّف مملّک باشد

اشاره

جناب کاشف الغطاء قدس سره - در مبعّد هفتم(۱) می فرماید: اگر مأخوذ به معاطات دارای نماء شد مثلاً درخت میوه داد و فرض می کنیم میوه رسید و از درخت جدا شد یا گوسفند حمل برداشت و زایید مادامی که تصرف متوقف بر ملک در عِوضین نشده، حکم این نماء چیست؟ بنابر قول به ملک که روشن است نماء تابع اصل

۱- شرح الشیخ جعفر علی قواعد العلامه ابن المطهر، ص۱۳۹: و منها: أن النماء الحادث قبل التصرف إن جعلنا حدوثه مملکا له دون العین فبعید أو معها فکذلک و کلاهما منافٍ لظاهر الأکثر و شمول الإذن له خفیّ. • المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص۴۶: و منها: أنّ النماء الحادث قبل التصرّف، إن جعلنا حدوثه مملّکاً له دون العین فبعید، أو معها فکذلک، و کلاهما منافٍ لظاهر الأکثر، و شمول الإذن له خفيّ.

است، بنابر قول به إباحه حکمش چیست؟

اگر کسی بگوید: خصوص نماء ملک آخذ به معاطات است و حدوث آن را مُملّک نماء بداند دون العین، امر بعیدی است. اگر هم بگوید: حدوث نماء مُملّک نماء و عین هر دو است، این هم بعید است و هر دو قول یعنی حدوث نماء مُملّک فقط نماء باشد یا مُملّک نماء به اضافه ی اصل باشد خلاف ظاهر اکثر است و اکثر فقهاء آن را قبول ندارند. و اگر گفته شود اباحه ای که مربوط به اصل است شامل نماء هم می شود و اذن تصرّف در اصل، اذن در نماء نیز هست [امر واضحی نبوده و] خفیّ می باشد.

پاسخ شیخ قدس سره – به مبعّد هفتم

شیخ(۱) – رحمه الله علیه – در پاسخ به مبعّد هفتم می فرماید: ظاهر کلام بعضی این چنین است که حدوث نماء نه مُملّک خود نماء است نه مُملّک عین و نماء هر دو. بلکه اصل در همان إباحه باقی بوده و نماء هم حکمش تابع اصل است؛ یعنی إباحه ی اصل شامل نماء نیز می شود.

شیخ – رحمه الله علیه – سپس می گوید: احتمال هم دارد نماء حادث ملک آخذ باشد؛ زیرا مالک که اصل را إباحه کرده به این معناست که آخذ می تواند هر استفاده ای از آن ببرد و از آن جمله است این که نماء ملک آخذ شود.

بررسی پاسخ شیخ قدس سره – به مبعّد هفتم

جناب شیخ قدس سره – پاسخ روشنی به مبعّد هفتم نمی دهند، بلکه از قول بعضی نقل

۱– همان، ص ۵۰: و أمّا ما ذکره من حکم النماء، فظاهر المحکیّ عن بعضٍ أنّ القائل بالإباحه لا یقول بانتقال النماء إلی الآخذ، بل حکمه حکم أصله، و یحتمل أن یحدث النماء فی ملکه بمجرّد الإباحه.

می کننـد که نماء تابع اصل بوده و حکم اصل را دارد و احتمال هم می دهنـد نماء ملک آخـذ باشد و در حقیقت همان تردید هایی را که کاشف الغطاء قدس سره - ذکر کرده بودند به نوعی تکرار می کنند.

شایسته بود جناب شیخ قول همان بعض را انتخاب می کردند که نماء تابع اصل است؛ زیرا اگر کسی مثلاً اسب آبستنی را از دیگری به عاریه گرفت هیچ کس تردیـد نمی کند بچه ای که آن اسب می زاید ملک مالک اسب است. إباحه در ما نحن فیه که به معنای جواز تصرّف در عین بوده و تملّک جز در موارد خاص حاصل نمی شود به منزله ی عاریه است. به تعبیر دیگر طبق فرض در ما نحن فیه مُملّک فقط تلف یا تصرّف متوقف بر ملک است و هیچ یک از این دو اتفاق نیافتاده، لـذا قانون اصلی تبعیّت نماء از اصل در ما نحن فیه محکّم است.

در صورتی هم که اسب بعد از آن که در اختیار آخذ قرار گرفت حمل بردارد باز از باب این که نماء در حیوانات تابع اُمّ است نه أب به خلاف انسان ملک مالک اوّل می باشـد و آخـذ فقط إباحه ی تصرّف دارد. در انسان (جاریه) علاوه بر عـدم تبعیّت نماء از اُم، از آن جا که وطی جزء تصرّفات متوقف بر ملک بوده، باعث حدوث ملکیّت برای آخذ می شود.

مبعّد هشتم: اتحاد موجب و قابل لازم می آید

اشاره

جناب کاشف الغطاء قدس سره - در مبعّد هشتم(۱) می فرماید: قائلین به إباحه گفته اند: تنها

۱- شرح الشیخ جعفر علی قواعد العلامه ابن المطهر، ص۱۳۹: و منها قصر التملک علی التصرف مع الاستناد فیه إلی إن إذن المالک به إذنٌ بالتملک فیرجع إلی کون المتصرف فی تملیکه نفسه موجباً قابلًا و ذلک جارٍ فی القبض بل هو أولی منه لاقترانه بقصد التملیک دونه و إیراد عدم الملازمه بین صحه التملیک مجاناً و صحته معاوضهً مشترک الإلزام و الکلام الکلام. • المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص۴۶: و منها: قصر التملیک علی التصرّف مع الاستناد فیه إلی أنّ إذن المالک فیه إذن فی التملیک، فیرجع إلی کون المتصرّف فی تملیکه نفسه موجباً قابلًا، و ذلک جارٍ فی القبض، بل هو أولی منه؛ لاقترانه بقصد التملیک، دونه، انتهی.

تصـرّف متوقف بر ملك از یکی از جانبین مملّك است و چیزهای دیگر مملّك نیست و اسـتنادشان در این که تصرّف متوقف بر ملـك مملّـك است آن است که هر یـک از طرفین چون اذن در چنین تصـرّفی که متوقف بر ملـك است داده انـد، پس در حقیقت إذن در تملیك قبل از تصـرف نیز داده اند و به قول بعضـی اذن در شـیء اذن در لوازم لاینفك آن شـیء نیز می باشد یعنی آخذ آناًما قبل از تصـرف از جانب مالك اصلی، آن مأخوذ را تملیك خودش می کند و از جانب خودش قبول می کند، آن گـاه که به ملکش وارد شـد در آن تصـرّف مالکـانه می کنـد، در حالی که لازمه ی این سـخن آن است که فرد واحـد هم موجِب باشد و هم قابل!

علاوه این که چرا این سخن را در خود قبض نمی گویید با این که قبض أولی است نسبت به تصرّف در این که مملّك باشد؟! چراکه طبق فرض مالك اصـلی از همان وقت که عین را به آخـذ می دهد [اذن در تصـرف متوقف بر ملك و در نتیجه اذن در تملیك می دهـد، لـذا مقارن با قبض] قصـد تملیك دارد، ولی تصـرّف با فاصـله از این قصـد است. بنابراین أولی آن است که قبض مملّك باشد؛ نه تصرف.(۱)

پس خلاصه ی کلام کاشف الغطاء در مبعّد هشتم در این که تصرّف مملّك باشد این است که:

اوّلاً: لازمه ی مملّك بودن تصرف، اتحاد موجب و قابل است.

ثانیاً: این سخن نسبت به قبض أولی است تا تصرف؛ پس چرا در مورد قبض آن را نمی گویید؟!

۱- مضاف به این که اشـکال اتحاد موجب و قابل نیز پیش نمی آیـد؛ چون در این صورت خود معطی تملیك می کند و آخذ قبول می کند. (امیرخانی)

بررسی مبعّد هشتم کاشف الغطاء قدس سره –

مرحوم شیخ مبعّد هشتم را بررسی نکردند و فرمودند با ملاحظه ی آن چه تا به حال ذکر کردیم قدرت بر تخلّص از بقیه ی اشکالات کاشف الغطاء قدس سره – نیز حاصل می گردد.(۱) لذا در پاسخ به مبعّد هشتم می گوییم:

امّا این مطلب که اتحاد موجب و قابل لازم می آید می گوییم این امر غریبی نیست، عده ای در مورد نکاح که امرش مشکل است قائل شده اند اتحاد موجب و قابل اشکالی ندارد؛ کسی می تواند هم از جانب زوج و هم از جانب زوجه وکیل شود و عقد بخواند.

و امّا این که فرمودند قبض أولی است از تصرف در این که مُملّک باشد؛ چون قبض مقترن به قصد تملیک است دون التصرف، می گوییم:

اوّلاً: إذن در تصرفات متوقف بر ملک با إذن در قبض متفاوت است. إذن در تصرفات متوقّف بر ملک ملازم با إذن در تملیک است؛ چون تصرفات متوقف بر ملک بدون این که شیء ملک متصرف شود جایز نیست؛ مثلاً اذن در وطی یا عتق جاریه، از آن جا که «لا یجوز الوطی إلا فی ملک» و «لا یجوز العتق الا فی ملک» به معنای اذن در تملیک جاریه می باشد. امّا در قبض چنین نیست و قبض متوقف بر ملک نیست و معطی طبق فرض غیر از إباحه قصد دیگری ندارد و فقط به اندازه ی ضرورت إذن در تملیک داده است. بنابراین إذن در قبض مساوی با إذن در تملیک نیست، لذا از این جهت «قبض» نه تنها أولی از «تصرف» نیست، بلکه در رتبه ی تصرف نیز نمی باشد.

۱– المکاسب المحرمه (ط – الحدیثه)، ج ۳، ص ۵۰: ثمّ إنّک بملاحظه ما ذکرنا تقدر علی التخلّص عن سائر ما ذکره، مع أنّه رحمه اللّه لم یذکرها للاعتماد، و الإنصاف: أنّها استبعادات فی محلّها.

ثانیاً: تصرّف نیز مقترن به إذن در تملیک است و این طور نیست که فقط قبض مقترن با إذن در تملیک باشد؛ زیرا مالک إذنی که [حین قبض] داده است تـا وقتی که آخـذ تصرّف کنـد بـاقی است و در طول زمان امتـداد دارد و اگر اذن نـداشت که نمی توانست تصرف کند. پس تصرف هم مقترن به اذن است.

ثالثـاً: مـا با اصل این حرف که مسلّم گرفته شـده قائلین به إباحه، مملکیّت تصـرف را مسـتند به إذن مالک می داننـد مخالفیم. گرچه از عبارت بعضی استفاده می شود که مملکیت تصرف مستند به إذن مالک است، ولی تصریح بعضی خلاف آن است و مسـتند را اجماع گرفته انـد که منشأ آن می توانـد خود معاطات باشـد؛ یعنی شارع چنین شـرطی را برای عقد معاطاتی گذاشـته است. بنـابراین مـا می گوییم مملّـک در معاطات خود عقـد است، ولی شـرط آن تصـرف است؛ چنان که مملّک در هبه، و نیز مملّک در سَلَم، عقد است با شرط قبض.

جمع بندی شیخ قدس سره – بین ادله ی قول به إباحه و ملکیت

جناب شیخ(۱) قـدس سـره – در جمع بندی ادله ی طرفین می فرماید: از یک طرف شـهرت محققه، بلکه ادعای اجماع بر عدم حصول ملـک در معاطـات قول به إبـاحه را تقویت می کنـد و از طرف دیگر دلالـت اطلاقات و عمومات آیات کریمه و بعض روایات و اسـتبعاداتی که کاشف الغطاء قدس سـره – ذکر کرد و ما در حد استبعاد پذیرفتیم و نیز ادعای إجماع از جانب محقق ثـانی قـدس سره – بر حصول ملکیت در معاطـات همراه با توجیه کلمات دیگران که مرادشان از إباحه «ملکیت متزلزل» است، قول به ملکیت

۱– المکاسب المحرمه (ط – الحدیثه)، ج ۳، ص ۵۰: و بالجمله، فالخروج عن أصاله عدم الملک المعتضد بالشهره المحقّقه إلی زمـان المحقّق الثـانی، و بالاتّفـاق المـدّعی فی الغنیه و القواعـد هنا و فی المسالک فی مسأله توقّف الهبه علی الإیجاب و القبول مشـکل، و رفع الیـد عن عموم أدلّه البیع و الهبه و نحوهما المعتضـده بالسـیره القطعیّه المسـتمرّه، و بـدعوی الاتّفاق المتقـدّم عن المحقّق الثانی بناءً علی تأویله لکلمات القائلین بالإباحه أشکل. فالقول الثانی لا یخلو عن قوّه.

را تقویت می کنـد. لذا چشم پوشـی از یک طرف و انتخاب قول دیگر مشـکل است، هر چند قول دوم (ملکیت) خالی از قوّت نیست «فالقول الثانی لا یخلو عن قوّه».

به نظر مـا نیز در دوران امر بین دو قول، قول مطابق اطلاقات و عمومات که بیان می کنـد معاطات مفیـد ملکیت است أظهر می باشـد، ولی بـا وجود این شایسـته بود مرحوم شـیخ این مطلب را نیز در ضـمن فرمایشاتشـان در تقویت قول به إبـاحه اضـافه می کردند و آن این که:

علی رغم این که شـمول اطلاقـات نسـبت به معاطات حـداقل در نظر بـدوی؛ خصوصاً مثل «أَحَلَّ اللهُ البَیعَ» و «تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» واضـح است و چنـدان پیچیـدگی نـدارد، ولی شـهرت محصـله بر عدم ملکیّت قائم است، و این انسان را به ریب می اندازد که حتماً علتی داشته که به اطلاقات و عمومات تمسّک نکرده اند و إلا مگر می شود اکثر فقهاء و أعاظمی مثل سید مرتضی، شیخ طوسی، ابی الصلاح حلبی و ... این اطلاقات را نفهمیده باشند؟! در حالی که حداقل استدلال کتب عامه مانند شافعی و غیر آن به این عمومـات و اطلاقات در منظرشان بوده، ولی با این حال تمسّک نکرده انـد. این نظیر آن است که گفته انـد: اگر روایتی مورد اعراض مشهور بود معلوم می شود یک وهنی در آن وجود دارد، تا آن جا که «کلّما ازداد صحهً ازداد وَهناً».

این مسأله انصافاً از مسائل مشـکل در فقه است. ما نحن فیه از جمله مواردی است که محصّل بایـد خوب تدریب داشـته باشد و قِلِق اسـتنباط را بدانـد. فعلاً نکته ی این که چرا بزرگان قائل به عـدم ملکیت شـده اند را نمی خواهم بیان کنم و إن شاء الله در مسأله ی بعدی بیان خواهم کرد.

معاطات مفید ملکیّت لازم است یا متزلزل؟

مرحوم شیخ بعد از ترجیح ادلّه ی قول به ملکیت معاطات، این مسأله را مطرح می کنند که ملکیّت حاصل از معاطات متزلزل است یا لازم.(۱)

تقریباً همه ی کسانی که قائل به مملکیّت معاطات شده اند به جز چند نفر معدود قائلند که این ملکیت به نحو متزلزل است؛ یعنی قابل رجوع است و هر یک از متعاطیین می توانند قبل از تصرف ناقل یا قبل از تلف یکی از دو بدل رجوع کنند.

به شیخ مفید قدس سره - نسبت داده شده که معاطات مفید ملك لازم است و مانند بیع بالصیغه که از آن به بیع عقدی(۲) نیز تعبیر می شود می باشد. ما نیز با ارائه ی توضیحاتی از کلام شیخ مفید استظهار کردیم که ایشان قائل به ملك لازم هستند؛ چون فرمودند: با تقابض بیع منعقد می شود [و حق فسخ ندارند].(۳)

از بعضی از معاصرین شهید ثانی(۴) قدس سره - و جماعتی از متأخرین از محدّثین(۵) نیز

۱- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص۵۱: [هل المعاطاه لازمه أم جائزه] و علیه، فهل هی لازمه ابتداءً مطلقاً؟ کما حکی عن ظاهر المفید رحمه اللّه، أو بشرط کون الدالّ علی التراضی لفظاً؟ کما حکی عن بعض معاصری الشهید الثانی، و قوّاه جماعه من متأخّری المحدّثین، أو هی غیر لازمه مطلقاً فیجوز لکلٍّ منهما الرجوع فی ماله؟ کما علیه أکثر القائلین بالملک، بل کلّهم عدا من عرفت، وجوه.

۲- ولی ما گفتیم عقد اعم از بالصیغه و بالمعاطات است.

۳- المقنعه (للشیخ المفید)، ص۵۹۱: البیع ینعقد علی تراض بین الاثنین فیما یملکان التبایع له إذا عرفاه جمیعا و تراضیا بالبیع و تقابضا و افترقا بالأبدان.

۴- مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام، ج ۳، ص۱۴۷: انّ ظاهر کلام المفید رحمه اللّه یدلّ علی الاکتفاء فی تحقق البیع بما دلّ علی الرضا به من المتعاقدین إذا عرفاه و تقابضا. و قد کان بعض مشایخنا المعاصرین* یذهب إلی ذلک أیضا، لکن یشترط فی الدال کونه لفظا. و إطلاق کلام المفید أعمّ منه. * هو السید حسن بن السید جعفر الکرکی، کما حکاه السید العاملی فی مفتاح الکرامه: • مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه (ط - القدیمه)، ج ۴، ص۱۵۶: و القول المذکور نقله فی المسالک عن بعض مشایخه المعاصرین و هو السید حسن بن السید جعفر لکنه قال إنه یشترط فی الدال کونه لفظا.

۵- الحدائق الناضره فی أحکام العتره الطاهره، ج ۱۸، ص۳۵۵: المفهوم مما نقله فی المسالک عن بعض مشایخه المعاصرین، هو اشتراط وجود اللفظ الدال علی التراضی من الطرفین. و المفهوم مما نقل عن المفید: الاکتفاء بمجرد التراضی، و لو بالإشاره و القرائن، و ان لم یحصل بینهما ألفاظ داله علی ذلک، و اختاره فی المفاتیح و سجل علیه. و الظاهر هو الأول، لتطرق القدح الی ما ذکره، فإن الأصل بقاؤ ملک کل واحد لمالکه حتی یعلم الناقل شرعا، و غایه ما یفهم من الاخبار الجاریه فی هذا المضمار- مما تلوناه علیک و نحوه- هو النقل و صحه العقد بالألفاظ الجاریه من الطرفین، الداله علی التراضی بمضمون ذلک العقد، دون الصیغ الخاصه التی اعتبرها الأکثر. و اما مجرد التراضی و التقابض من غیر لفظ یدل علی ذلک فلم یقم علیه دلیل، و حدیث «انما

يحلـل الكلام و يحرم الكلام» مؤيـد ظاهر لما قلنا، و غايه ما تـدل عليه الأدله التى استند إليها، من الهـدايا و الهبه و وقوع الشـراء قديما و حديثا من البائع بغير كلام إذا كان السـعر معهودا و نحو ذلك، هو جواز التصـرف، و هو مما لا نزاع فيه و لا إشـكال، اما كونه موجبا للنقل من المالك السابق ما دامت العين موجوده، بحيث لا يجوز لصاحبها الرد فيها، فغير معلوم، كيف و قد صـرحوا بـأنه لا خلاف فى جواز الرد فى الهـدايا ما دامت العين موجوده، و حـديث «انما يحلل الكلام و يحرم الكلام» مؤيـد أيضا، إذ لم يحصل من الكلام ما أوجب الانتقال حتى يحرم الرد و الرجوع، و اما جواز التصـرف فلا ينافى الخبر المـذكور، لانه محمول على اللزوم و على مـا بعـد الرجوع، جمعا بينه و بين ما دل على الإباحه بالتراضـى. و بالجمله فالتمسک بأصاله بقاء الملک حجه قويه، الى ان يحصل المخرج عن ذلک من الحجج الشـرعيه، و غايه ما يستفاد من الاخبار- كما عرفت- هو الاكتفاء بالتراضى الحاصل من الألفاظ، دون مجرد التراضى.

نقل شده که قائل شده اند: اگر دالّ بر تراضـی لفظ باشد هر چند صیغه ی واجد شرائط نباشد معاطات مفید ملکیت لازمه است و الا مفید ملکیت متزلزل است.

دلالت استصحاب بر لزوم ملکیّت

مرحوم شیخ می فرماید(۱): مقتضای أصاله اللزوم در ملک آن است که ملکیت حاصل از معاطات به نحو لزوم است؛ نه متزلزل.

مقصود شیخ از «أصاله اللزوم در ملك» استصحاب ملکیّت است؛ نه ادله ی اجتهادی که بعداً خواهد آمد؛ زیرا بلافاصله می فرماید: «للشكّ فی زواله بمجرّد رجوع مالكه الأصلی».

بعد از قبول حصول ملکیت با معاطات به مقتضای عمومات، اطلاقات و سیره که طبق این فرض بحث می کنیم، شک می کنیم که با رجوع مالک اوّل، این ملکیّت زائل می شود و دوباره به کیس مالك اوّل برمی گردد یا خیر، استصحاب ملکیّت برای مالك جدید جاری می شود، لذا همچنان در ملکیت وی باقی است و رجوع مالك اوّل تأثیری ندارد. به عنوان مثال زید که کتابی را به معاطات از عمرو گرفت و طبق فرض مالك آن کتاب شد، شك می کنیم بعد از رجوع عمرو و گفتن «کتاب را به من پس بده» ملکیت زید بر کتاب زائل شد یا نه، دلیل استصحاب بیان می کند ملکیت زید بر کتاب همچنان باقی است.

اشکالی بر جریان استصحاب

اشاره

اشکالی بر این استصحاب وارد شده و آن این که:

آن چه در ما نحن فیه ثابت است جامع بین ملك متزلزل و مستقر است؛ زیرا علی الفرض نمی دانیم کدام یک از این دو قسمِ ملك به معاطات محقق شده است. بنابراین نمی توان استصحاب ملك جاری کرد؛ زیرا اگر این جامع در ضمن ملك

۱- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص۵۱: أوفقها بالقواعد هو الأوّل؛ بناءً علی أصاله اللزوم فی الملك؛ للشكّ فی زواله بمجرّد رجوع مالكه الأصلی.

متزلزل محقق شده باشد با رجوع مالک اصلی قطعاً منتفی شده است؛ چراکه معنای ملک متزلزل همین است که با رجوع مالک اوّل زائل می شود. و اگر احتمال دهیم در ضمن ملک مستقر محقق شده باشد از آن جا که چنین ملکی متیقن نبوده جاری نیست و بلکه چون مسبوق به عدم است استصحاب عدم تحقق ملک مستقر جاری می شود. پس دیگر ملکیتی باقی نیست تا منشأ اثر باشد.(۱)

بلکه بالاتر، می توان استصحاب علقه ی مالک اوّل را جاری کرد و اثبات نمود ملک حاصل از معاطات به نحو متزلزل است؛ زیرا علی الفرض شک می کنیم علقه ای که مالک اوّل نسبت به عین داشت با معاطات کاملاً زائل شد یا هنوز باقی است؟ استصحاب علقه ی مالک اوّل جاری می شود و در نتیجه تسلط بر استرجاع آن دارد.

پاسخ اوّل شیخ قدس سره - به اشکال: (ملک حقیقت واحد است و دو قسم نیست)

اشاره

مرحوم شیخ در پاسخ اصلی به اشکال بر جریان استصحاب بقاء ملک می فرماید: تقسیم ملک به دو قسم متزلزل و مستقر درست نیست، بلکه ملک حقیقت واحد است البته حقیقت واحد اعتباری بله شارع در بعضی مقامات حکم فرموده می توان آن را با رجوع زائل کرد و در بعضی جاها

۱- همان، ص۵۱: و دعوی: أنّ الثابت هو الملک المشترک بین المتزلزل و المستقرّ، و المفروض انتفاء الفرد الأوّل بعد الرجوع، و الفرد الثانی کان مشکوک الحدوث من أوّل الأمر، فلا ینفع الاستصحاب، بل ربما یزاد استصحاب بقاء علقه المالک الأوّل، مدفوعه مضافاً إلی إمکان دعوی کفایه تحقّق القدر المشترک فی الاستصحاب، فتأمّل-: بأنّ انقسام الملک إلی المتزلزل و المستقرّ لیس باعتبار اختلاف فی حقیقته، و إنّما هو باعتبار حکم الشارع علیه فی بعض المقامات بالزوال برجوع المالک الأصلی. و منشأ هذا الاختلاف اختلاف حقیقه السبب المملّک، لا اختلاف حقیقه الملک. فجواز الرجوع و عدمه من الأحکام الشرعیه للسبب، لا من الخصوصیات المأخوذه فی المسبّب.

نمی توان زائل کرد، ولی این تفاوتی در حقیقت ملک ایجاد نمی کند. به عنوان مثال زید که مالک کتاب شده است می تواند کتاب را تا آخر عمر در ملک خود نگه بدارد و می توانـد بعد از مدتی آن را از طریق بیع، هبه یا ... از ملکش خارج کند. آیا می توان گفت مـالکیت زیـد بر کتاب در این دو حالت متفاوت است؟ بـدیهی است که این دو حالت از حیث مالکیت زیـد بر کتاب و این که کتاب مال زید است فرقی ندارند.

مـا نحن فیه نیز که بـا رجوع مالـک اوّل، ملکیت منتقـل می شود نظیر این مثـال است. تنها فرقی که دارنـد این است که در این مثـال، مالـک خودش به طریقه ی عرفی که مُمضاه شارع است ملک ثابتش را به دیگری منتقل می کنـد، ولی در ما نحن فیه با اراده ی شـخص دیگر [مالـک اوّل] منتقل می شود و این تفاوتی در حقیقت ملک ایجاد نمی کنـد. به عبارت دیگر این تفاوت مربوط به تفاوت حقیقت ملک نیست، بلکه مربوط به حکم شارع است که امضاءاً یا تأسـیساً جعل کرده که در شـرائط خاصـی ملکیت با رجوع مالک اصلی زائل می شود.

پس حقیقت ملـک واحـد است و منشـأ این اختلاـف، اختلاف در حقیقت ملک نیست، بلکه اختلاف در حقیقت سـبب مملّک است که شارع چنین حکم کرده است؛ مثلاً اگر سبب مملّک بیع بالصیغه باشد شارع حکم نکرده که این ملک با رجوع مالک اوّل بعـد از افتراق متبـایعین زائل شود، امّا اگر سـبب مملّک هبه باشـد شارع حکم کرده در صورتی که هبه غیر معوضه بوده و عین باقی باشد و متهب غیر ذی رحم باشد واهب می تواند آن را از ملک متهب خارج کرده و داخل در ملک خودش کند.

پس خلاصه این که جواز رجوع و عدم جواز رجوع، از احکام شـرعیه ی سـبب است و ربطی به خصوصـیات مسبّب یعنی خود ملک ندارد.

مرحوم شیخ برای تثبیت مطلبشان که حقیقت ملک واحد است دو دلیل ذکر می کنند(۱):

دلیل اوّل: این که ملکیت با جواز رجوع و عدم جواز رجوع تحصیص و تقسیم نمی شود امری وجدانی است. شاهد آن این است که إنشاء ملک در هبه ی لازمه و هبه ی جائزه به یک صورت است و زید که مثلاً کتابش را به رَحِمش هبه می کند که هبه ی لازمه است، با صورتی که کتابش را به بیگانه هبه می کند و هبه ی جائزه است وجداناً تفاوتی بین این دو إنشاء احساس نمی شود، بنابراین مُنشَأ آن دو یعنی ملک نیز تفاوتی ندارند و این آیت آن است که ملک دو قسم نیست.

دلیل دوم: اگر لزوم و جواز از خصوصیات ملک بوده و موجب تصنیف و تقسیم ملک بما هو ملکٌ شود بدین معناست که هر یک از این دو مشتمل بر قدر مشترک و یک خصوصیت می باشد. مثلاً انسان و فرس که دو نوع از حیوان

۱- همان، ص۵۲: و یدلّ علیه مع أنّه یکفی فی الاستصحاب الشکّ فی أنّ اللزوم من خصوصیات الملک. أو من لوازم السبب المملّک، و مع أنّ المحسوس بالوجدان أنّ إنشاء الملک فی الهبه اللازمه و غیرها علی نهج واحد-: أنّ اللزوم و الجواز لو کانا من خصوصیّات الملک، فإمّا أن یکون تخصیص القدر المشترک بإحدی الخصوصیّتین بجعل المالک، أو بحکم الشارع. فإن کان الأوّل، کان اللازم التفصیل بین أقسام التملیک المختلفه بحسب قصد الرجوع، و قصد عدمه، أو عدم قصده، و هو بدیهی البطلان؛ إذ لا تأثیر لقصد المالک فی الرجوع و عدمه. و إن کان الثانی، لزم إمضاء الشارع العقد علی غیر ما قصده المنشئ، و هو باطل فی العقود؛ لما تقدّم أنّ العقود المصحّحه عند الشارع تتبع القصود، و إن أمکن القول بالتخلّف هنا فی مسأله المعاطاه؛ بناءً علی ما ذکرنا سابقاً انتصاراً للقائل بعدم الملک: من منع وجوب إمضاء المعاملات الفعلیه علی طبق قصود المتعاطیین، لکنّ الکلام فی قاعده اللزوم فی الملک یشمل العقود أیضاً. و بالجمله، فلا إشکال فی أصاله اللزوم فی کلّ عقدٍ شکّ فی لزومه شرعاً، و کذا لو شکّ فی أنّ الواقع فی الخارج هو العقد اللازم أو الجائز، کالصلح من دون عوض، و الهبه. نعم، لو تداعیا احتمل التحالف فی الجمله.

محسوب می شوند هر یک مشتمل بر قدر جامع (حیوانیت) بوده و انسان دارای خصوصیت ناطقیت و فرس دارای خصوصیت صاهلیت می باشد. بنابراین ملک نیز جامع و قدر مشترکی دارد که با ضمیمه ی خصوصیتی ملک متزلزل می شود و با ضمیمه ی خصوصیت دیگر ملک مستقر.

حال سؤالی که این جا مطرح می شود آن است که: خصوصیاتی که مصنِّف یا منوِّع ملک مشترک می شود از کجا پدید می آید؟ باید یا از جعل مُنشِئ [مالک] حاصل شود یا از جعل شارع و از این دو خارج نیست.

اگر تخصیص قدر مشترک به إحدی الخصوصیتین به جعل مالک باشد لازمه ای دارد که نمی توان به آن ملتزم شد و آن این که باید قصد مالک در جواز و لزوم ملک دخیل باشد؛ یعنی اگر با قصد امکان رجوع إنشاء کرد ملک جایز می شود و اگر با قصد عدم امکان رجوع إنشاء کرد لازم می شود و اگر هم اصلاً قصدی از این نظر نداشت حکم خاص خود را داشته باشد. در حالی که بدیهی است قصد رجوع یا قصد عدم رجوع یا عدم هر یک از این دو در جواز و عدم جواز ملک، متزلزل یا مستقر بودن ملک نه در پیش عقلاء و نه در پیش شارع دخیل نیست. بعضی از ملک ها قابل رجوع است هر چند مالک موقع إنشاء قصد رجوع نداشته است و بعضی از ملک ها نیز قابل رجوع نیست هر چند مالک حین إنشاء قصد رجوع داشته است.

و اگر تخصیص قدر مشترک به إحدی الخصوصیتین به جعل شارع باشد این هم لازمه ای دارد که نمی توان به آن ملتزم شد و آن این که [شارع حکم به تحقق ملک لازم کند در جایی که منشئ قصد تحقق ملک جائز کرده و نیز حکم به تحقق ملک جائز کند در جایی که منشئ قصد تحقق ملک لازم کرده و در نتیجه] قاعده ی «العقود تتبع القصود» منخرم شود.

إن قلت: مرحوم شیخ در پاسخ به استدلال کاشف الغطاء قدس سره - که لازمه ی قول به إباحه در معاطات آن است که قاعده ی «العقود تتبع القصود» منخرم شود فرمودند انخرام قاعده ی «العقود تتبع القصود» اشکالی ندارد و مستلزم تأسیس قواعد جدیدی در فقه نیست.

قلت: مرحوم شیخ در آن جا فرمودند(۱) عقود بر دو قسم است: عقود لفظیه و عقود فعلیه. در عقود فعلیه از جمله معاطات تخلف از قصود ممکن است و اشکالی ندارد، ولی در عقود لفظیه که عقود صحیحه می باشد أدله ی إمضاء بیان می کند که تابع قصود بوده و عین آن قصود را محقق می کند. پس کلامشان در آن جا ناقض این کلام نیست.

إن قلت: به هر حال بحث ما در معاطات است که عقد فعلی است؛ نه عقد لفظی، لذا طبق این کلام شیخ مانعی ندارد که قاعده منخرم شود.

قلت: قاعده ی أصاله اللزوم اختصاص به معاطات ندارد و در عقود فعلیه و عقود لفظیه هر دو جاری است. لذا اگر بگوییم خصوصیت ملکیت ناشی از جعل شارع است لازمه اش آن است که آن قاعده حتی در عقود لفظیه منخرم شود و عقود تابع قصود نباشد.

بنابراین نه می توان ملتزم شد تخصیص قدر مشترک به إحدی الخصوصیتین به

۱- همان، ص۴۶: أوّلًا: أنّ المعاطاه لیست عند القائل بالإباحه المجرّده من العقود، و لا من القائم مقامها شرعاً؛ فإنّ تبعیه العقد للقصد و عدم انفکاکه عنه إنّما هو لأجل دلیل صحّه ذلک العقد، بمعنی ترتّب الأثر المقصود علیه، فلا یعقل حینئذٍ الحکم بالصحّه مع عدم ترتّب الأثر المقصود علیه، أمّا المعاملات الفعلیّه التی لم یدلّ علی صحّتها دلیل، فلا یحکم بترتّب الأثر المقصود علیها، کما نبّه علیه الشهید فی کلامه المتقدّم من أنّ السبب الفعلی لا یقوم مقام السبب القولی فی المبایعات، نعم إذا دلّ الدلیل علی ترتّب أثر علیه حکم به و إن لم یکن مقصوداً.

جعل شارع است و نه به جعل مالک و این آیت آن است که اصلاً ملکیت چیزی نیست که خصوصیت بردار باشد به گونه ای که آن را دو قسم کند. بلکه ملکیت امرش دائر بین وجود و عدم است [که در موارد مختلف احکام مختلف دارد] و منشأ اختلاف احکام نیز سبب ملک است؛ یعنی اگر سببش مثلاً هبه باشد جایز است و اگر بیع باشد لازم است و گرنه مُسبّب یعنی ملک در بیع و هبه تفاوتی ندارد.

نقد پاسخ اوّل شیخ قدس سره –

استدلال جناب شیخ بر این که نمی توان دو نوع ملک داشت درست نیست و مانعی ندارد ملتزم شویم دو قسم ملک ملک مستقر و ملک متزلزل وجود دارد. ملک مستقر یعنی ملکی که در عالم اعتبار آن قدر محکم است که با رجوع زائل نمی شود. ملک متزلزل یعنی ملکی که از آن ضعیف تر بوده و با رجوع زائل می شود.

امّا استدلال اوّل ایشان که فرمودند: إنشاء ملک در هبه ی لازم و غیر لازم وجداناً یکی است و این آیت آن است که حقیقت ملک در این دو تفاوتی ندارد و لزوم و جواز از احکام سبب بوده و ربطی به مسبّب ندارد، می گوییم: گرچه اصل این فرمایش که عدم تفاوت إنشاء ملک در هبه ی لازم و غیر لازم وجدانی است متین بوده و قابل مناقشه نیست، ولی مدعای شیخ را اثبات نمی کند؛ زیرا هبه نزد عرف و عقلاء از عقود لازم محسوب می شود و بلکه شاید لزوم آن از بعض عقود لازم دیگر بیشتر باشد(۱) این شارع است که در بعضی موارد لزوم

۱- هبه نزد عرف شاید از بیع نیز محکم تر باشد؛ چون در بیع، بایع می تواند به مشتری بگوید ثمن را به تو برمی گردانم مبیع را به من برگردان [و مشتری به راحتی قبول کند] ولی اگر در هبه رجوع کند می گویند منت گذاشته به او هبه داده، دوباره می خواهد از او پس بگیرد. لذا عرف رجوع در هبه را مستهجن تر از بیع می بیند و به خاطر همین منشأ عقلایی است که در روایت نیز وارد شده که «الراجع فی هبته کالراجع فی قیئه». • الإستبصار فیما اختلف من الأخبار، ج ۴، ص۱۰۹: الْحُسَیْنُ بْنُ سَعِیدٍ عَنِ النَّضْرِ بْنِ سُوَیْدٍ عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ سُلَیْمَانَ عَنْ جَرَّاحٍ الْمَدَائِنِیِّ عَنْ أَبِی عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام - قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ۹: مَنْ رَجَعَ فِی هِبَتِهِ فَهُوَ کَالرَّاجِعِ فِی قَیْئِهِ.

عقلائیه ی هبه را إمضاء کرده و در بعضی موارد حکم به جواز آن کرده است. بدین جهت عدم تفاوت إنشاء عرفی هبه را نمی توان آیت بر عدم تفاوت دو ملک دانست؛ چراکه هبه در میان عرف و عقلاء یک قسم بیشتر نیست و آن مفید ملک لازم است.

نهایت چیزی که این کلام می تواند اثبات کند آن است که شارع می تواند بعض آن چه را که متعاقدین قصد می کنند امضاء نکند و خلافش را حکم کند؛ یعنی تأسیس کامل نیست که این را خواهیم گفت مشکلی ندارد.

و امّا استدلال دوم جناب شیخ - رحمه الله علیه - که فرمودند: تخصیص قدر مشترک بین ملکین بإحدی الخصوصیتین یا به جعل مالک است یا به جعل شارع، در حالی که هیچ کدام نمی تواند صحیح باشد، خدمت ایشان عرض می کنیم که هم به جعل مالک می تواند باشد و هم به جعل شارع و هیچ مشکلی ندارد.

چه مانعی دارد مالک در إنشاءش چنین قصد کند که ملکیت متزلزلی را ایجاد می کنم که با رجوع به ملک خودم برگردد؟! این که می بینیم در خارج چنین نیست به این خاطر است که شارع تصرف کرده، بعضی جاها را إمضاء و بعضی جاها را ردّ فرموده است، ولی این بدین معنا نیست که نمی تواند به جعل مالک باشد، بلکه به جعل مالک است مگر آن که شارع غیر آن را جعل کرده باشد. لذا می گوییم آن جاهایی که شارع ردع نکرده و کشف إمضاء شارع می کنیم به جعل مالک است و مانند مواردی است که جعل خیار می شود. جعل خیار در عقد که عقلاء در میان خود آن را پذیرفته اند و شارع نیز إمضاء فرموده به معنای إنشاء ملکیت متزلزل از جانب مالک است که با رجوع خودش یا دیگری از بین می رود؛ یعنی از ملک

طرف مقابل خارج شـده به ملك مالك اوّل برمی گردد. پس تخصیص قـدر مشترک بین ملكین به إحـدی الخصوصـیتین می تواند به جعل مالك باشد.

كما این كه به جعل شارع نیز می توانـد باشـد؛ زیرا متشـرعین حتی جعل های خودشان را هم به إمضاء شارع معتبر می داننـد و بعـد از إمضـاء شـارع به آن ملتزم می شونـد. بنـابراین می توان گفت مطابق آن چه را كه مالك جعل كرده شارع نیز جعل می كند و در برخی موارد [قیدی] را اضافه یا كم می كند و در برخی موارد ردع كرده و إمضاء نمی كند.

امّـا این كه فرمود اگر به جعـل شـارع باشـد «تخلف العقود عن القصود» لازم می آیـد، مثلاًـ مالك غافل كه به ذوق عقلائی و ارتكـاز فطری خـود ملكیـت لازمه را در هبـه إنشـاء می كنـد، ایـن كه شـارع ملكیت غیر لازم را در این فرض محقـق كنـد از مصادیق تخلف عقـد از قصـد می باشـد، خـدمت جناب شـیخ عرض می كنیم خود شـما در پاسخ دیگری به مبعّد اوّل كاشـف الغطاء قدس سره - فرمودید(۱): «أنّ تخلّف العقد عن مقصود المتبایعین كثیر» و مثال های متعددی نیز برای آن ذكر كردید.

بنـابراین هر دو برهانی كه جناب شـیخ قـدس سـره - برای اثبات واحـد بودن حقیقت ملك اقامه كردنـد ناتمام است و حق آن است كه دو قسم ملك وجود دارد به این بیان كه:

بیان مختار در اثبات دو قسم ملک

گرچه در تكوین سبب های مختلف می تواند مسبّب واحد داشته باشد، مانند مثال معروف حرارت كه حقیقت آن حرارتی كه از تابش نور خورشید حاصل

۱- المكاسب المحرمه (ط - الحـدیثه)، ج ۳، ص۴۷: و ثانیاً: أنّ تخلّف العقـد عن مقصود المتبایعین كثیر، فإنّهم أطبقوا علی أنّ عقد المعاوضه إذا كان فاسداً یؤثّر فی ضـمان كلٍّ من العوضین القیمه؛ لإفاده العقد الفاسد الضمان عندهم فیما یقتضیه صحیحه، مع أنّهما لم یقصدا إلّا ضمان كلٍّ منهما بالآخر.

می شود با حرارتی که از جریان الکتریسیته تولید می شود تفاوتی ندارد و مرحوم شیخ نیز تقریباً با تشبیه ما نحن فیه به تکوین خواستند اثبات کنند که مسبّب واحد است و سبب متعدد، ولی ما خدمت شیخ عرض می کنیم: تلقی عرف در مثل ما نحن فیه از اعتباریات البته نه به صورت قاعده ی کلی آن است که از سبب های متفاوت مسبب های مختلف پدید می آید؛ مثلاً وقتی هبه، بیع، معاطات و اسباب دیگر را ملاحظه می کند که در بعضی حکم به جواز رجوع و در بعضی حکم به عدم جواز رجوع شده است می گوید این مسبّب چون از آن سبب خاص پدید آمده محکم تر است، ولی آن مسبّب که از سبب دیگر پدید آمده کمی ضعیف تر است. یعنی تفاوت سبب ها را موجب تفاوت مسبّب ها می بیند و در نظرش این چنین است که اگر مسبّب ها واحد بودند باید حکم واحد می داشتند، این که یک جا حکم به جواز رجوع می شود و یک جا حکم به عدم جواز رجوع می شود تلقی عرف آن است که این ناشی از خود مسبب است؛ یعنی چون مسبب ها متفاوتند آثارشان هم متفاوت است، هر چند تفاوت مسبب ها هم ناشی از تفاوت سبب هاست و تفاوت آن ها به مسبّب ها سریان پیدا کرده است.

بنابراین آن چه دارج بین ألسنه است که ملک دو قسم است؛ ملک متزلزل و ملک مستقر و هر کدام احکام خاصی دارد، ناشی از این تلقی عقلایی و عرفی بوده و صحیح می باشد.

پاسخ دوم شیخ قدس سره – به اشکال بر استصحاب: (استصحاب کلّی قسم ثانی)

شیخ – رحمه الله علیه – در پاسخ دوم به اشکال بر جریان استصحاب می فرماید: علی فرض دو قسم بودن ملک و این که جامع بین ملک متزلزل و مستقر متیقن است، می توان همان جامع را استصحاب کرد؛ یعنی ملکیتی که برای آخذ به معاطات حاصل شده و جامع بین متزلزل و مستقر می باشد می توان آن را به نحو کلّی قسم ثانی استصحاب کرد.

مثال معروف استصحاب کلّی قسم ثانی، همان استصحاب کلّی حیوانیّت است که نمی دانیم در ضمن پشه محقق شده یا فیل، که اگر در ضمن پشه محقق شده باشد قطعاً از بین رفته و اگر در ضمن فیل باشد باقی است. پس همان طور که در این مثال می توان کلّی حیوانیّت را استصحاب کرد در ما نحن فیه نیز می توان کلّی ملکیت را که جامع بین متزلزل و مستقر می باشد استصحاب کرد.

در اصول اشکالاتی بر جریان استصحاب کلّی قسم ثانی وارد شده که مهم ترین آن اشکالات و پاسخی که ما پسندیده ایم به این صورت است:

مهم ترین اشکالات استصحاب کلّی قسم ثانی و پاسخ آن

اشکال اوّل: در همان مثال فیل و پشه، پشه چون قطع به از بین رفتن آن وجود دارد پس حیوانیت در ضمن آن هم منتفی است، از طرفی هم چون حدوث فیل از ابتدا مشکوک بوده، استصحاب عدم در آن جاری است، لذا حیوانیّت در ضمن فیل هم منتفی است. بنابراین کلّی حیوانیت بالکل منتفی است.

پاسخ: با استصحاب عدم فیل نمی توان اثبات عدم کلّی حیوانیّت کرد؛ چون مثبت است. به خاطر این که استصحاب عدم فیل به معنای عدم کلّی نیست؛ زیرا احتمال دارد که کلّی در ضمن پشه محقق شده باشد. بنابراین برای اثبات عدم کلّی باید انتفاء حیوانیت در ضمن پشه را نیز ضمیمه کنیم، آن گاه نتیجه بگیریم که پس کلی حیوانیت منتفی است، در حالی که این لازمه ی عقلی بوده و لوازم عقلیه ی استصحاب حجت نیست.

تطبیق آن بر ما نحن فیه به این صورت است که استصحاب عدم تحقق ملک مستقر عین عدم تحقق ملک به نحو کلی نیست، بلکه اگر عدم ملک متزلزل را به آن ضمیمه کنیم و از این قاعده ی عقلیه که کلی باید در ضمن یکی از این دو

محقق شود هم استفاده کنیم، آن گاه می توانیم نتیجه بگیریم که کلی ملک هم موجود نیست. در حالی که این مثبت بوده و مثبتات استصحاب حجّت نیست.

اشکال دوم: غایت آن چه که با استصحاب کلی ملک به نحو قسم ثانی اثبات می شود جامع بین ملک مستقر و متزلزل می باشد و [از طرفی می دانیم] جامع بین متزلزل و مستقر، مستقر نیست، لذا با رجوع مالك اوّل، آن جامع قطعاً منتفی می شود و دیگر قابل استصحاب نیست.

پاسخ: فرض آن است که جامع می تواند در ضمن فرد طویل هم ادامه پیدا کند و این طور نیست که حتماً در ضمن فرد قصیر تحقق یابد، بلکه هم می تواند قائم به فرد طویل باشد و هم قائم به فرد قصیر. و از آن جا که نمی دانیم جامع قائم به فرد قصیر است یا طویل، پس احتمال بقاء آن حتی با رجوع مالك اوّل نیز وجود دارد، لذا مشمول اطلاق «لا تنقض الیقین بالشك ابداً» بوده و استصحاب جاری می باشد.

بله! اگر حکمی بر خصوص ملك متزلزل یا بر خصوص ملك مستقر مترتب باشد با این استصحاب نمی توان آن را ثابت کرد، بلکه فقط احکام مترتب بر جامع را می توان اثبات کرد.

راه دیگری برای جریان استصحاب شخصی ملک

اگر کسی در جریان استصحاب به عنوان استصحاب کلی قسم ثانی با موضوع ملکیت در معاطات مناقشه کند و آن را جاری نداند باز به نظر ما راه دیگری برای جریان استصحاب شخصی ملك با این که ملك را دو قسم می دانیم وجود دارد و آن این که:

ما در بحث استصحاب، استصحاب فرد مردّد را که نزد ما مردّد است ولی عند

الله معیّن است جایز دانستیم. به این بیان که می دانیم فردی از ملکیت که عند الله معیّن است برای آخذ محقق شده است، همان فرد را می توانیم با استصحاب تا زمان شک جرّ کنیم. این که نزد ما آن فرد معلوم نیست و مردد است ضربه ای به جریان استصحاب فرد وارد نمی کند، همین که عند الله معین است کفایت می کند.(۱)

البته این استصحاب فرد مردّد مورد حمله ی عده ی زیادی از محققین(۲) قرار گرفته و اشکالات متعددی را بر آن وارد کرده اند، امّا ظاهراً همه ی شبهه ها قابل جواب است و ما در بحث استصحاب از آن دفاع کرده و اشکالات را پاسخ گفتیم. بنابراین در ما نحن فیه نیز می توان با استصحاب فرد مردّد اثبات بقاء ملکیت آخذ کرد.

۱- نظیر بیان حضرت استاد دام ظله را سید یزدی قدس سره - نیز در حاشیه مطرح کرده و به آن ملتزمند، گرچه مورد اعتراض بعضی واقع شده است. • حاشیه المکاسب (للیزدی)، ج ۱، ص۷۳: ثمّ إنّ التّحقیق إمکان استصحاب الفرد الواقعیّ المردّد بین الفردین فلا حاجه إلی استصحاب القدر المشترک حتّی یستشکل علیه بما ذکرنا و تردّده بحسب علمنا لا یضرّ بتیقّن وجوده سابقا و المفروض أنّ أثر القدر المشترک أثر لکلّ من الفردین فیمکن ترتیب ذلک الآثار باستصحاب الشخص الواقعی المعلوم سابقا کما فی القسم الأوّل الّذی ذکره فی الأصول و هو ما إذا کان الکلّی موجودا فی ضمن فرد معیّن فشکّ فی بقائه حیث إنّه حکم فیه بجواز استصحاب کلّ من الکلی و الفرد فتدبّر.

۲- مصباح الفقاهه، ج ۲، ص۱۳۲: ثم إنه ذکر السید فی حاشیته: (أن التحقیق إمکان استصحاب الفرد الواقعی المردد بین الفردین، فلا حاجه إلی استصحاب القدر المشترک حتی یستشکل علیه بما ذکرنا). و یرد علیه: أنه إن کان المراد من الفرد المردد ما هو مردد فی الواقع حتی فی علم اللّه (تعالی) فهو بدیهی البطلان، إذ لا وجود للفرد المردد فی أی وعاء من الأوعیه. و إن کان المراد منه الموجود المعین علی تردده: بمعنی أن المستصحب هو الوجود الخارجی مع قطع النظر عن الخصوصیات المفرده فهو عین الکلی، لا شی ء آخر وراءه.

پاسخ به استصحاب بقاء علقه ی مالک اوّل

اشکال دیگری که بر جریان استصحاب ملک حاصل از معاطات وارد شده بود این بود که اصلاً نوبت به جریان استصحاب ملک حادث برای آخذ نمی رسد؛ چراکه استصحابِ علقه ی مالکِ اوّل جاری بوده و حاکم بر استصحاب ملک آخذ می باشد.

در پاسخ می گوییم: مقصود از علقه ی مالک اوّل چیست؟ آیا مقصودتان بقاء مالکیت مالك اوّل است؟ یا مقصودتان حق رجوع برای مالک اوّل است؟ از این دو که خارج نیست. اگر مقصودتان بقاء مالکیت مالك اوّل باشد، قطعاً حرف نادرستی است؛ زیرا علی الفرض از ملک مالک اوّل خارج شده و داخل در ملك آخذ شده است. و اگر مقصودتان حق رجوع برای مالك اوّل است می گوییم: حالت سابقه ی متیقّنه نداشته تا آن را استصحاب کنیم. پس این اشکال نیز بر جریان استصحاب ملك حادث وارد نیست.

جریان اصاله اللزوم (استصحاب ملک آخذ) در شبهات موضوعیه

مرحوم شیخ - رحمه الله علیه - توجه شایسته ای این جا می دهند و می فرمایند(۱): این که گفتیم اصاله اللزوم در هر عقدی که شرعاً در لزومش شک شود جاری است فرقی نمی کند که منشأ شک، شبهه ی حکمیه باشد یا شبهه ی موضوعیه.

آن چه تا به حال بحث کردیم که آیا رجوع در بیع معاطاتی مؤثر است یا نه، مربوط به شبهه ی حکمیه بود؛ چون شک ما ناشی از اشتباه امور خارجیه نبود، بلکه اجمال و ابهام مربوط به آن چیزی بود که باید از ناحیه ی شارع بیان شود که

۱- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص۵۳: و بالجمله، فلا إشکال فی أصاله اللزوم فی کلّ عقدٍ شکّ فی لزومه شرعاً، و کذا لو شکّ فی أنّ الواقع فی الخارج هو العقد اللازم أو الجائز، کالصلح من دون عوض، و الهبه. نعم، لو تداعیا احتمل التحالف فی الجمله.

آیا شارع این رجوع را نافذ قرار داده یا خیر؟

اگر شک ما ناشی از اشتباه امور خارجیه باشد؛ مثلاً می دانیم عقدی در خارج واقع شده، ولی نمی دانیم این عقد به نحو هبه بوده که جایز است و چون عین هنوز باقی است واهب می تواند به متهب رجوع کند و عین را از وی پس بگیرد یا به نحو صلح بوده که عقد لازم است و قابل رجوع نیست؟ در این جا نیز جناب شیخ قدس سره - به حق می فرمایند که اصاله اللزوم یعنی استصحاب ملک آخذ جاری است، لذا مالک اوّل نمی تواند رجوع کند؛ چون شک داریم که این رجوع مؤثر است یا نه، استصحاب ملکیت آخذ جاری کرده و می گوییم: این ملک با رجوع مالک اوّل زائل نشده است.

تحالف در صورت إقامه ی دعوا

رجوع به أصاله اللزوم [در شبهه ی موضوعیه] در صورتی است که طرفین دعوایی ندارند و مثلاً فراموش کرده اند عقدی که منعقد شده عقد لازم بوده یا جایز. امّا اگر طرفین دعوا یکی ادعا کند که عقد منعقد شده به نحو مثلاً صلح بوده که عقد لازم و غیر قابل رجوع است و طرف دیگر ادّعا کند که عقد مزبور به نحو هبه ی غیر معوّضه به غیر ذی رحم بوده که عقد جایز است [با اصاله اللزوم مسأله فیصله پیدا نمی کند. بلکه] طرفین به قاضی رجوع می کنند و واگذار کننده ادعا می کند به نحو هبه واگذار کرده و در نتیجه می تواند رجوع کند، ولی قبول کننده منکر آن است و می گوید واگذار کننده به نحو صلح واگذار کرده که در نتیجه نمی تواند رجوع کند.

معیار قضاوت آن است که «البیّنه علی المدعی و الیمین علی من أنکر»(۱) ابتدا

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۷، ص۴۱۵: عَلِیُّ بْنُ إِبْرَاهِیمَ عَنْ أَبِیهِ عَنِ ابْنِ أَبِی عُمَیْرٍ عَنْ حَمَّادٍ عَنِ الْحَلَبِیِّ عَنْ جَمِیلٍ وَ هِشَامٍ عَنْ أَبِی عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام - قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ۹: الْبَیِّنَهُ عَلَی مَنِ ادَّعَی وَ الْیَمِینُ عَلَی مَنِ ادُّعِیَ عَلَیْهِ.

باید مدّعی بینه بیاورد و اگر بیّنه نداشت منکر قسم بخورد. مدعی کسی است که قولش خلاف اصل است و منکر قولش موافق اصل است. ولی در این مسأله هر دو مـدعی هسـتند و هر دو منکر؛ چون یکی مـدعی هبه است و منکر صـلح و دیگری مـدعی صلـح است و منکر هبه، [لـذا اگر هیـچ کـدام نتوانسـتند بیّنه إقامه کننـد یا هر دو بیّنه إقامه کردنـد و تعارض شـد] باید تحالف کننـد؛ یعنی هر کـدام بر نفی ادعـای دیگری قسم بخورد به این صورت که واگـذار کننـده قسم بخورد بر نفی مصالحه و قبول کننده قسم بخورد بر نفی هبه.

نتیجه ی تحالف این می شود که هم صلح و هم هبه باطل می شود و کأنّ واگذاری در این جا اتفاق نیافتاده است.

امّا مرحوم شیخ در این جا می فرمایند(۱): تحالف فی الجمله است. شایـد نظر مبارک شیخ به این بوده که نحوه ی طرح دعوا فرق می کنـد؛ اگر مصبّ دعوا بر روی هبه و صـلح به نحوی که تقریب کردیم باشد، جای تحالف است؛ چون هر دو مدعی و هر دو منکرند. امّا اگر مصبّ دعوا بر روی صـلح و هبه نباشد، بلکه به گونه ی دیگر باشد(۲)؛ مثلاً واگذار کننده به قاضی می گویـد من حق رجوع به آن عین را داشـتم و رجوع کردم، پس دیگر از ملک تحویل گیرنـده خارج شده و مال من است، ولی تحویل گیرنده می گوید با وجود رجوع واگذار کننده، عین مال من است و رجوع وی تأثیری ندارد. این جا چون قول واگذار کننده خلاف اصل

۱- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص۵۳: نعم، لو تداعیا احتمل التحالف فی الجمله.

۲- مثلاً نوع عقـد منعقـد شـده را فراموش کرده انـد، واگـذار کننده می گوید این را می دانم که حق رجوع داشـتم، ولی قبول کننده می گوید حق رجوع نداشته است.

است زیرا خلاف استصحاب ملک قبول کننده است که در شبهه ی موضوعیه هم جاری می شود و قول قبول کننده موافق اصل است، پس قبول کننده منکر بوده و او فقط باید قسم بخورد.

ممکن است کسی(۱) ادعا کند حتی اگر مصبّ دعوا به صورت صلح و هبه باشد از آن جا که غرض نهایی این است که ملک از قبول کننده اخذ شود و غرض نهایی ملاک [در تعیین مدعی و منکر] است، پس در این صورت نیز فقط قبول کننده منکر است، لذا او باید قسم بخورد و جای تحالف نیست.

تمسّک به اطلاقات و عمومات برای اثبات لزوم ملکیت حاصل از معاطات

اشاره

شیخ – رحمه الله علیه – بعد از تمسّک به أصاله اللزوم مستند به اصل عملی، به عمومات و اطلاقات نیز برای اثبات لزوم ملکیّت حاصل از معاطات تمسّک می کنند. از جمله:

۱. تمسّک به مرسله ی نبوی «الناس مسلّطون علی أموالهم»

اشاره

با این که شیخ – رحمه الله علیه – در دلالت مرسله بر إفاده ی اصل ملکیت در معاطات مناقشه

۱– مصباح الفقاهه، ج ۲، ص۱۳۳: أن هاتین الصورتین کلتیهما من صغریات المدعی و المنکر، لا التداعی ضروره أن مصب الدعوی فیهما لیس إلا اللزوم و الجواز، لا کل واحد من عنوانی الصلح و الهبه، لأن الغرض من دعوی الصلح هو إثبات لزوم العقد و عدم تأثیر الفسخ فیه. کما أن الغرض من دعوی الهبه هو إثبات جواز العقد، و تأثیر الفسخ فیه. و إذن فمرجع النزاع فی المقام إلی اللزوم و الجواز. فیکون ذلک خارجا عن مورد التداعی. و بتعبیر آخر: أن النظر فی باب المرافعات إنما هو إلی الغرض الأقصی، و إلی النتیجه المترتبه علی الدعوی. و علیه فان کان قول کل من المترافعین موافقا للأصل من ناحیه، و مخالفا له من ناحیه أخری فهو من موارد التداعی. و إن کان قول أحدهما موافقا للأصل دون الآخر فهو من موارد المدعی و المنکر. و أما کیفیه ترتیب الدعوی من دون أن تکون هذه الکیفیه موردا للغرض فلا یترتب علیها أثر مهم فی باب المرافعات. و إذن فلا ثمره لإثبات أن العقد الموجود فی الخارج صلح بلا عوض، أو هبه غیر معوضه.

کردند هر چند ما مناقشه ی ایشان را نپذیرفتیم ولی این جا(۱) در دلالت مرسله بر لزوم ملک حاصل از معاطات پافشاری کرده و اشکالی را که بعضی مطرح کرده اند پاسخ می دهند!

مرحوم شیخ دلالت مرسله را بر لزوم ملکیت چنین تقریب می کنند: این روایت بیان می کند مردم تمام انواع سلطنت را بر مالشان دارند و از انواع سلطنت آن است که مال بدون اختیار مالک از ملکیتش خارج نشود، و از آن جا که جایز بودن معاطات به معنای جواز رجوع و تملّک مال دیگری بدون رضایت مالکش می باشد، پس منافات با سلطنت مطلقه دارد [که این روایت آن را برای مالک اثبات می کند].

شیخ - رحمه الله علیه - سپس می فرماید: با این بیان، توهّمی که ممکن است در مقابل استدلال به این مرسله رُخ دهد مدفوع است و آن این که شاید کسی در دلالت مرسله این چنین مناقشه کند که نهایت مدلول روایت آن است که فرد بر ملک خودش سلطنت دارد، [در حالی که بعد از رجوع مالک اصلی نمی دانیم ملکیّت آخذ باقی باشد تا بر ملکش سلطنت داشته باشد؛ زیرا اگر رجوع نافذ باشد] بدین معناست که آن ملکیت را زائل کرده و به ملک مالک اصلی برگشته است، لذا تصرفی که رخ داده، تصرف در ملک دیگری نیست؛ زیرا رجوع یعنی انتقال مال از ملک آخذ به ملک مالک اصلی.

۱- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص۵۳: و یدلّ علی اللزوم مضافاً إلی ما ذکر عموم قوله صلّی اللّه علیه و آله و سلم: «الناس مسلّطون علی أموالهم» فإنّ مقتضی السلطنه أن لا یخرج عن ملکیّته بغیر اختیاره، فجواز تملّکه عنه بالرجوع فیه من دون رضاه منافٍ للسلطنه المطلقه. فاندفع ما ربما یتوهّم: من أنّ غایه مدلول الروایه سلطنه الشخص علی ملکه، و لا نسلّم ملکیّته له بعد رجوع المالک الأصلی. و لِما ذکرنا تمسّک المحقّق رحمه اللّه فی الشرائع علی لزوم القرض بعد القبض: بأنّ فائده الملک السلطنه، و نحوه العلّامه رحمه اللّه فی موضع آخر.

محقق اصـفهانی - رحمه الله علیه - علی رغم این که در بحث این که آیا «الناس مسلّطون علی أموالهم» مشرّع بوده و در شک در [صحّت] انواع عقـد می توان به آن تمسک کرد یا نه، بر خلاف شیخ فرمودند می توان به آن تمسک کرد، امّا این جا بعد از تقریر نحوه ی دلالت مرسله بر مدعای شیخ به دو بیان، با آن مخالفت کرده و مرسله را دالّ بر لزوم معاطات نمی داند.(۱)

دو بیان بر نحوه ی دلالت مرسله بر لزوم معاطات و نقد آن از محقق اصفهانی قدس سره –

اشاره

۱. روایت با مـدلول مطابقی اش دلالت می کنـد: مالک بر جمیع تصـرفات در مالش حتی بعـد از رجوع مالک اصـلی سـلطنت دارد؛ چون شـک می کنیم آیـا آخـذ بعـد از رجوع مالک اصـلی نیز سـلطنت دارد یا نه؟ مقتضای اطلاق «الناس مسلّطون علی أموالهم» آن است که بعد از رجوع نیز آخذ سلطنت دارد.

محقق اصـفهانی قدس سـره - همان اشـکالی را که شیخ به عنوان توهّم مطرح کردند با بیانی فنّی تر در این جا ذکر می کنند و می گوینـد: موضوع «النـاس مسلّطون علی أموالهم» مـال مضـاف به إضـافه ی ملکیه است؛ یعنی مردم بر آن مـالی که ملکِشان است تسـلط دارنـد، در حـالی که در مـا نحن فیه بعـد از رجوع مالک اصـلی نمی دانیم مال، ملک آخـذ باشـد، شایـد به ملک مالک اصلی در آمده باشد، پس شک در موضوع داریم و اگر بخواهیم در این فرض به عموم «الناس مسلّطون علی

۱- حاشـیه کتاب المکاسب (للأصـفهانی، ط - الحـدیثه)، ج ۱، ص۱۳۸: توضـیحه: أنّ الاسـتدلال بعموم دلیل السلطنه بوجهین: أحـدهما: بمـدلوله المطـابقی، و هی السـلطنه علی جمیع التصـرفات حتی بعـد إنشاء الرجوع. و فیه: أنّ موضوعها المال المضاف بإضافه الملکیه، و کونه بعد الرجوع کذلک مشکوک، فیکون من التمسک بالعام فی الشبهه المصداقیه.

أموالهم» برای اثبات ملکیت آخذ تمسّک کنیم، در واقع تمسّک به عام در شبهه ی مصداقیه خواهد بود.

بررسی کلام محقق اصفهانی قدس سره – در نقد بیان اوّل

به نظر می رسد اشکال محقق اصفهانی قدس سره - علی رغم داشتن صورت فنّی قابل جواب باشد و بتوان به عموم «الناس مسلّطون علی أموالهم» در ما نحن فیه تمسّک کرد و آن این که «سلطنت بر مال» بدین معناست که مال بتمام شؤونه وابسته به مالک است، و قبلاً در تبیین حقیقت ملک بیان کردیم که «ملک» به معنای وابستگی مملوک بتمام هویّته به مالک است، مثل وابستگی معلول به علّت وجودی خود و مثل وابستگی نور خورشید به خورشید. بنابراین مقتضای «الناس مسلّطون علی أموالهم» آن است که مال هر شخصی با تمام شؤونش وابسته به اوست و از دیگران بیگانه است. لذا اگر شخص دیگری بخواهد وابستگی مال به مالکش را قطع کند و ملکیت وی را از بین ببرد منافات با مقتضای روایت داشته که بیان می کند مالک بر تمام شؤون ملک از جمله ذات آن سلطنت دارد و نمی توان این را پذیرفت که مالک هر نوع تصرفی در ملک خود می تواند کند، ولی نمی تواند اصل آن را حفظ کند!

پس به اطلاق روایت می توان تمسّک کرده و اثبات کرد ملکیت آخذ بعد از رجوع نیز باقی است.

۲. روایت به مدلول التزامی دلالت می کند مقتضای این که مالک سلطنت مطلق بر جمیع تصرفات دارد آن است که دیگری بر این مال سلطنت ندارد به نحوی که مزاحمت با سلطنت مطلق مالک داشته باشد. اگر دیگری أدنی سلطنتی داشته باشد به نحوی که مزاحم با سلطنت مالک باشد بدین معناست که سلطنت مالک

مطلقه نیست. پس دلالت التزامی این که مالک سلطنت مطلقه بر مالش دارد آن است که دیگری هیچ گونه سلطنتی که مزاحم با سلطنت مالک باشد ندارد.(۱)

بنابراین رجوع مالک اصلی چون منافی با سلطنت مطلق آخذ در ما نحن فیه می باشد روایت به دلالت التزامی آن را نفی می کند.

امّا محقق اصفهانی قدس سره - در پاسخ به این بیان می فرمایند: روایت به دلالت التزامی نفی سلطنت غیر می کند به گونه ای که مزاحم سلطنت مالک باشد، ولی رجوع که مزاحمتی با سلطنت مالک ندارد؛ زیرا رجوع یعنی استرداد و استرداد تصرف در ملک نیست، بلکه تصرف در مالکیّت است. روایت «الناس مسلّطون علی أموالهم» اثبات می کند که مالک سلطنت بر ملک (مملوک) دارد امّا اثبات نمی کند که سلطنت بر مالکیت دارد.

مالک اصلی با رجوع، در حقیقت تصرف در مالکیت می کند؛ نه در ملک؛ یعنی ابتدا مالکیّت را از آخذ سلب می کند، آن گاه که به ملک خود استرداد کرد در ملک خود تصرف می کند. لذا رجوع مالک اصلی منافاتی با «الناس مسلّطون علی أموالهم»

۱- همان، ص۱۳۸: و ثانیهما: بمدلوله الالتزامی، فإنّ مقتضی سلطنته علی جمیع التصرفات سلطنه مطلقه عدم سلطنه الغیر علی ما یزاحم تلک السلطنه المطلقه، و إلّا لم تکن سلطنه مطلقه، فسلطنه الغیر علی تملّک المال فی ظرف إضافته إلی مالکه بدون اختیاره مزاحمه لسلطانه المطلق. و یندفع: بأنّ المنفی بالالتزام هی السلطنه المنافیه لسلطنه المالک علی جمیع التصرفات الوارده علی المال، دون غیرها من أنحاء السلطنه، مثلا سلطنه المالک علی بیع ماله تنافی سلطنه الغیر علی اشترائه منه بدون اختیاره، و لیس سلطنه الغیر علی الرجوع سلطنه علی تملّک المال علی حد سلطنه الشفیع علی تملّک مال المشتری ببذل مثل الثمن لتکون مزاحمه لسلطان المالک، بل سلطنه علی الرد و الاسترداد، فهو فی الحقیقه سلطنه علی إزاله الملکیه، و المالک له السلطان علی الملک لا علی الملکیه، فکما لیس له السلطنه علی إزاله الملکیه ابتداء، کذلک لیس له السلطنه علی إبقاء الملکیه، حتی تکون سلطنه الغیر علی إزالتها مزاحمه لها.

نـدارد. به همین خـاطر است که مـا گفتیم اعراض از ملـک اثر نـدارد؛ چون اعراض از ملـک به معنـای نفی مـالکیت است، در حالی که مالک تسلط بر مالکیت ندارد تا بتواند آن را با اعراض نفی کند، بلکه مالک فقط تسلط بر ملک دارد؛ نه بیشتر.

بررسی کلام محقق اصفهانی قدس سره – در نقد بیان دوم

پاسخ این اشـکال محقق اصـفهانی نیز با دقت در حقیقت ملک روشن می شود؛ زیرا حقیقت ملک که به معنای وابستگی شیء به تمـام هویتش به مالـک بوده و «النـاس مسـلّطون علی أموالهم» نیز در واقع همـان را تبیین می کنـد، با این مطلب [که دیگری بتواند این رابطه را با مالک قطع کند و مالکیت وی را سلب کند منافات دارد.] چگونه می توان گفت این روایت تصرفات غیر را در صورتی که اصـل وابسـتگی را بـاقی بگـذارد نفی می کنـد، امّا تصـرّفی که وابسـتگی شـیء به مالک را از بین می برد و ملکیت را منعـدم می کنـد نفی نمی کند؟! لازمه ی این سـخن آن است که غیر، حق ندارد طبق «الناس مسـلّطون علی أموالهم» مثلاً قـدم در ملک کسـی بگذارد، امّا می تواند این ملک را کلاً نابود کند و وابسـتگی آن را از وی بگیرد! این نظیر آن اسـت که کسـی برای این که گرفتـار محـذور اهانت به عالم نشود ابتـدا علم او را از وی بگیرد سـپس به او اهانت کنـد! در حالی که وقتی گفته می شود به عالم اهانت نکن، گرفتن علم وی بالاترین إهانت به اوست.

بنابراین اگر «الناس مسـلّطون علی أموالهم» بالمطابقه دلالت بر نفی تصـرفی که اصل سلطنت و ملکیت را سلب می کند نداشته باشد، بالفحوی و الاولویه بر آن دلالت می کند.

پس نتیجه این شد که کلام شـیخ قدس سـره – که فرمودند «الناس مسلّطون علی أموالهم» می تواند دالّ بر لزوم ملکیّت حاصل از معاطات باشد درست می باشد و می توان

برای اثبات لزوم ملکیت که به نحو شبهه ی حکمیه نمی دانیم شارع رجوع در معاطات را مؤثر دانسته یا نه، به این روایت تمسّک کرد.

۲. تمسّک به روایت «لا یحلّ مال امرئٍ مسلم إلّا عن طیب نفسه»

اشاره

روایت دیگری که جناب شیخ – رحمه الله علیه – به عنوان سند لزوم معاطات ذکر می فرماید(۱) روایت شریف «لا یحلّ مال امرئٍ [مسلم](۲) إلّا عن طیب نفسه» است.

از چند روایت می توان این مضمون را استفاده کرد که عبارتست از:

مصححه ی زید الشحام:

عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ أَبِي أُسَامَةَ زَيْدٍ الشَّحَّامِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام – قَالَ: إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صلی الله علیه و آله و سلم – وَقَفَ بِمِنًى حِينَ قَضَى مَنَاسِكَهَا فِي حَجَّةِ الْوَدَاعِ فَقَالَ ... أَلَا مَنْ كَانَتْ عِنْدَهُ أَمَانَةٌ فَلْيُؤَدِّهَا إِلَى مَنِ ائْتَمَنَهُ عَلَيْهَا فَإِنَّهُ لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ وَ لَا مَالُهُ إِلَّا بِطِيبَةِ نَفْسِهِ ... .(۳)

۱– المکاسب المحرمه (ط – الحدیثه)، ج ۳، ص۵۴: و منه یظهر جواز التمسّک بقوله علیه السلام: «لا یحلّ مال امرئٍ إلّا عن طیب نفسه»؛ حیث دلّ علی انحصار سبب حِلّ مال الغیر أو جزء سببه فی رضا المالک، فلا یحلّ بغیر رضاه. و توهّم: تعلّق الحِلّ بمال الغیر، و کونه مال الغیر بعد الرجوع أوّل الکلام، مدفوع: بما تقدّم، مع أنّ تعلّق الحِلّ بالمال یفید العموم، بحیث یشمل التملّک أیضاً، فلا یحلّ التصرّف فیه و لا تملّکه إلّا بطیب نفس المالک.

۲– مرحوم شیخ به صورت «لا یحلّ مال امرئٍ إلّا عن طیب نفسه» نقل می کنند که ظاهراً اتّکا به ذهن مبارکشان کرده اند و صحیح «لا یحلّ مال امرئٍ مسلم إلّا عن طیب نفسه» می باشد.

۳– الکافی (ط – الإسلامیه)، ج ۷، ص۲۷۳: عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ أَبِي أُسَامَةَ زَيْدٍ الشَّحَّامِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام – قَالَ: إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ۹ وَقَفَ بِمِنًى حِينَ قَضَى مَنَاسِكَهَا فِي حَجَّةِ الْوَدَاعِ فَقَالَ أَيُّهَا النَّاسُ اسْمَعُوا مَا أَقُولُ لَكُمْ وَ اعْقِلُوهُ عَنِّي فَإِنِّي لَا أَدْرِي لَعَلِّي لَا أَلْقَاكُمْ فِي هَذَا الْمَوْقِفِ بَعْدَ عَامِنَا هَذَا ثُمَّ قَالَ أَيُّ يَوْمٍ أَعْظَمُ حُرْمَةً قَالُوا هَذَا الْيَوْمُ قَالَ فَأَيُّ شَهْرٍ أَعْظَمُ حُرْمَةً قَالُوا هَذَا الشَّهْرُ قَالَ فَأَيُّ بَلَدٍ أَعْظَمُ حُرْمَةً قَالُوا هَذَا الْبَلَدُ قَالَ فَإِنَّ دِمَاءَكُمْ وَ أَمْوَالَكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا فِي شَهْرِكُمْ هَذَا فِي بَلَدِكُمْ هَذَا إِلَى يَوْمِ تَلْقَوْنَهُ فَيَسْأَلُكُمْ عَنْ أَعْمَالِكُمْ أَلَا هَلْ بَلَّغْتُ قَالُوا نَعَمْ قَالَ اللَّهُمَّ اشْهَدْ أَلَا مَنْ كَانَتْ عِنْدَهُ أَمَانَةٌ فَلْيُؤَدِّهَا إِلَى مَنِ ائْتَمَنَهُ عَلَيْهَا فَإِنَّهُ لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ وَ لَا مَالُهُ إِلَّا بِطِيبَةِ نَفْسِهِ وَ لَا تَظْلِمُوا أَنْفُسَكُمْ وَ لَا تَرْجِعُوا بَعْدِي كُفَّاراً.

این روایت از لحاظ سند قابل اعتماد است. شیخ صدوق(۱) قدس سره - نیز این روایت را با سند خود از زرعه(۲) از سماعه نقل کرده [که آن هم از لحاظ سند موثقه می باشد.]

موثقه ی أبی بصیر:

عِدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عِيسَى عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ فَضَالَةَ بْنِ أَيُّوبَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ بُكَيْرٍ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ علیه السلام - قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ- صلی الله علیه و آله و سلم -: سِبَابُ الْمُؤْمِنِ فُسُوقٌ وَ قِتَالُهُ كُفْرٌ وَ أَكْلُ لَحْمِهِ مَعْصِيَةٌ وَ حُرْمَةُ مَالِهِ(۳) كَحُرْمَةِ دَمِهِ.(۴)

۱- من لا یحضره الفقیه، ج ۴، ص۹۲: رَوَى زُرْعَةُ عَنْ سَمَاعَةَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام - قَالَ: إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ۹ وَقَفَ بِمِنًى حِينَ قَضَى مَنَاسِكَهُ فِي حَجَّةِ الْوَدَاعِ فَقَالَ أَيُّهَا النَّاسُ اسْمَعُوا مَا أَقُولُ لَكُمْ وَ اعْقِلُوهُ فَإِنِّي لَا أَدْرِي لَعَلِّي لَا أَلْقَاكُمْ فِي هَذَا الْمَوْقِفِ بَعْدَ عَامِنَا هَذَا ثُمَّ قَالَ أَيُّ يَوْمٍ أَعْظَمُ حُرْمَةً قَالُوا هَذَا الْيَوْمُ قَالَ فَأَيُّ شَهْرٍ أَعْظَمُ حُرْمَةً قَالُوا هَذَا الشَّهْرُ قَالَ فَأَيُّ بَلَدٍ أَعْظَمُ حُرْمَةً قَالُوا هَذِهِ الْبَلْدَةُ قَالَ فَإِنَّ دِمَاءَكُمْ وَ أَمْوَالَكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا فِي شَهْرِكُمْ هَذَا فِي بَلَدِكُمْ هَذَا إِلَى يَوْمِ تَلْقَوْنَهُ فَيَسْأَلُكُمْ عَنْ أَعْمَالِكُمْ أَلَا هَلْ بَلَّغْتُ قَالُوا نَعَمْ قَالَ اللَّهُمَّ اشْهَدْ أَلَا وَ مَنْ كَانَتْ عِنْدَهُ أَمَانَةٌ فَلْيُؤَدِّهَا إِلَى مَنِ ائْتَمَنَهُ عَلَيْهَا فَإِنَّهُ لَا يَحِلُّ لَهُ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ وَ لَا مَالُهُ إِلَّا بِطِيبَةِ نَفْسِهِ فَلَا تَظْلِمُوا أَنْفُسَكُمْ وَ لَا تَرْجِعُوا بَعْدِي كُفَّاراً.

۲- من لا یحضره الفقیه، ج ۴، ص۴۲۷: و ما كان فيه عن زرعه، عن سماعه فقد رويته عن أبي- رضي اللّه عنه- عن سعد بن عبد اللّه، عن أحمد بن محمّد بن عيسى، عن الحسين بن سعيد، عن أخيه الحسن، عن زرعه بن محمّد الحضرميّ، عن سماعه بن مهران.

۳- البته آن چه در لسان فقهاء معروف است «حرمه مال المسلم کحرمه دمه» است؛ یعنی به جای مؤمن، مسلم ذکر شده است. و در دو روایت نیز «مسلم» به جای «مؤمن» وارد شده است: • المبسوط فی فقه الإمامیه، ج ۳، ص۵۹: و روى الأعمش عن أبي وائل عن عبد الله بن مسعود أن النبي صلى الله عليه و آله و سلم قال: حرمه مال المسلم كحرمه دمه. • الأمالی (للشیخ الطوسی)، ص۵۲۵: حَدَّثَنَا الشَّيْخُ أَبُو جَعْفَرٍ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بْنِ عَلِيٍّ الطُّوسِيُّ (رَحِمَهُ اللَّهُ)، قَالَ: أَخْبَرَنَا جَمَاعَةٌ، عَنْ أَبِي الْمُفَضَّلِ، قَالَ: حَدَّثَنَا رَجَاءُ بْنُ يَحْيَى بْنِ الْحُسَيْنِ الْعَبَرْتَائِيُّ الْكَاتِبُ سَنَةَ أَرْبَعَ عَشْرَةَ وَ ثَلَاثِ مِائَةٍ وَ فِيهَا مَاتَ، قَالَ: حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بْنِ شَمُّونٍ، قَالَ: حَدَّثَنِي عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ الْأَصَمُّ، عَنِ الْفُضَيْلِ بْنِ يَسَارٍ، عَنْ وَهْبِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي ذُبَيٍّ الْهُنَائِيِّ، قَالَ: حَدَّثَنِي أَبُو حَرْبِ بْنُ أَبِي الْأَسْوَدِ الدُّؤَلِيُّ، عَنْ أَبِيهِ أَبِي الْأَسْوَدِ، قَالَ: قَدِمْتُ الرَّبَذَةَ فَدَخَلْتُ عَلَى أَبِي ذَرٍّ جُنْدَبِ بْنِ جُنَادَةَ فَحَدَّثَنِي أَبُو ذَرٍّ، قَالَ: دَخَلْتُ ذَاتَ يَوْمٍ فِي صَدْرِ نَهَارِهِ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ) فِي مَسْجِدِهِ، فَلَمْ أَرَ فِي الْمَسْجِدِ أَحَداً مِنَ النَّاسِ إِلَّا رَسُولَ اللَّهِ (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ) وَ عَلِيٌّ (عَلَيْهِ السَّلَامُ) إِلَى جَانِبِهِ جَالِسٌ، فَاغْتَنَمْتُ خَلْوَةَ الْمَسْجِدِ، فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، بِأَبِي أَنْتَ وَ أُمِّي أَوْصِنِي بِوَصِيَّةٍ يَنْفَعُنِي اللَّهُ بِهَا. فَقَالَ: نَعَمْ وَ أَكْرِمْ بِكَ يَا أَبَا ذَرٍّ، إِنَّكَ مِنَّا أَهْلَ الْبَيْتِ، وَ إِنِّي مُوصِيكَ بِوَصِيَّةٍ إِذَا حَفِظْتَهَا فَإِنَّهَا جَامِعَةٌ لِطُرُقِ الْخَيْرِ وَ سُبُلِهِ، فَإِنَّكَ إِنْ حَفِظْتَهَا كَانَ لَكَ بِهَا كِفْلَانِ ... يَا أَبَا ذَرٍّ، سِبَابُ الْمُسْلِمِ فُسُوقٌ، وَ قِتَالُهُ كُفْرٌ، وَ أَكْلُ لَحْمِهِ مِنْ مَعَاصِي اللَّهِ، وَ حُرْمَةُ مَالِهِ كَحُرْمَةِ دَمِهِ. البته این روایت در مکارم الاخلاق به جای «المسلم»، «المؤمن» نقل شده، ولی در مجموعه ورّام باز «المسلم» دارد. (امیرخانی)

۴- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۲، ص۳۵۹؛ من لا یحضره الفقیه، ج۳، ص ۵۷۰؛ کتاب الزهد (للحسین بن سعید)، ص۱۱؛ تفسیر القمی، ج۱، ص۲۹۱، تحف العقول، ص۲۱۲؛ الاختصاص، ص۳۴۳؛ مکارم الاخلاق، ص ۴۷۰ و ... .

توقیعی از امام زمان علیه السلام -:

فَلَا یَحِلُّ لِأَحَدٍ أَنْ یَتَصَرَّفَ فِی مَالِ غَیْرِهِ بِغَیْرِ إِذْنِه.(۱)

۱- کمال الـدین و تمام النعمه، ج ۲، ص۵۲۰: حَـدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ أَحْمَدَ الشَّیْبَانِیُّ وَ عَلِیُّ بْنُ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ الدَّقَّاقُ وَ الْحُسَـیْنُ بْنُ إِبْرَاهِیمَ بْنِ أَحْمَـدَ بْنِ هِشَامٍ الْمُؤَدِّبُ وَ عَلِیُّ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ الْوَرَّاقُ رَضِـیَ اللَّهُ عَنْهُمْ قَالُوا حَدَّثَنَا أَبُو الْحُسَـیْنِ مُحَمَّدُ بْنُ جَعْفَرٍ الْأَسَدِیُّ رَضِـیَ اللَّهُ عَنْهُ قَـالَ: کَـانَ فِیمَـا وَرَدَ عَلَیَّ مِنَ الشَّیْـخِ أَبِی جَعْفَرٍ مُحَمَّدِ بْنِ عُثْمَانَ قَـدَّسَ اللَّهُ رُوحَهُ فِی جَوَابِ مَسَائِلِی إِلَی صَاحِبِ الزَّمَـانِ علیه السـلام -: ... أَمَّا مَـا سَـأَلْتَ عَنْهُ مِنْ أَمْرِ الضِّیَاعِ الَّتِی لِنَاحِیَتِنَا هَلْ یَجُوزُ الْقِیَامُ بِعِمَارَتِهَا وَ أَدَاءِ الْخَرَاجِ مِنْهَا وَ صَـرْفِ مَا یَفْضُـلُ مِنْ دَخْلِهَا إِلَی النَّاحِیَهِ احْتِسَاباً لِلْأَجْرِ وَ تَقَرُّباً إِلَیْنَا فَلَا یَحِلُّ لِأَحَـدٍ أَنْ یَتَصَـرَّفَ فِی مَالِ غَیْرِهِ بِغَیْرِ إِذْنِهِ فَکَیْفَ یَحِلُّ ذَلِکَ فِی مَالِنَا مَنْ فَعَـلَ شَـیْئاً مِنْ ذَلِـکَ مِنْ غَیْرِ أَمْرِنَـا فَقَـدِ اسْـتَحَلَّ مِنَّا مَـا حُرِّمَ عَلَیْهِ وَ مَنْ أَکَـلَ مِنْ أَمْوَالِنَا شَـیْئاً فَإِنَّمَا یَأْکُلُ فِی بَطْنِهِ نَاراً وَ سَیَصْلَی سَعِیراً ... . و نقله فی الإحتجاج علی أهل اللجاج (للطبرسی)، ج ۲، ص ۴۸۰.

روایت محمد بن یزید الطبری:

لَا یَحِلُّ مَالٌ إِلَّا مِنْ وَجْهٍ أَحَلَّهُ اللَّهُ.(۱)

تمرکز بحث عمدتاً روی این عبارت «لَا یَحِلُّ مالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطِیبَهِ نَفْسِهِ» است که از مصحّحه ی زید الشحام استفاده می شود.

مرحوم شیخ در چگونگی دلالت این روایت بر لزوم ملکیت حاصل از معاطات می فرماید: از آن چه درباره ی استدلال به روایت سابق یعنی «الناس مسلّطون علی أموالهم» ذکر کردیم، کیفیت استدلال به این روایت نیز روشن می شود؛ چراکه این روایت بیان می فرماید سبب حِلّ مال غیر، منحصر در رضای مالک است؛ یعنی رضای مالک سبب تامّ یا ناقص در حلّیت مال غیر است و بدون رضای مالک نمی توان مال غیر را برای خود حلال کرد. بنابراین در ما نحن فیه که مالک اصلی می خواهد با رجوع و بدون رضایت مالک فعلی آن یعنی آخذ آن را برای خود حلال کند با این روایت منافات داشته و این روایت

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۱، ص۵۴۷: سَهْلٌ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ الْمُثَنَّی قَالَ حَدَّثَنِی مُحَمَّدُ بْنُ زَیْدٍ الطَّبَرِیُّ قَالَ: کَتَبَ رَجُلٌ مِنْ تُجَّارِ فَارِسَ مِنْ بَعْضِ مَوَالِی أَبِی الْحَسَنِ الرِّضَا علیه السلام - یَسْأَلُهُ الْإِذْنَ فِی الْخُمُسِ فَکَتَبَ إِلَیْهِ بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیمِ* إِنَّ اللَّهَ وَاسِعٌ کَرِیمٌ ضَمِنَ عَلَی الْعَمَلِ الثَّوَابَ وَ عَلَی الضِّیقِ الْهَمَّ- لَا یَحِلُّ مَالٌ إِلَّا مِنْ وَجْهٍ أَحَلَّهُ اللَّهُ وَ إِنَّ الْخُمُسَ عَوْنُنَا عَلَی دِینِنَا وَ عَلَی عِیَالاتِنَا وَ عَلَی مَوَالِینَا وَ مَا نَبْذُلُهُ وَ نَشْتَرِی مِنْ أَعْرَاضِنَا مِمَّنْ نَخَافُ سَطْوَتَهُ فَلَا تَزْوُوهُ عَنَّا وَ لَا تَحْرِمُوا أَنْفُسَکُمْ دُعَاءَنَا مَا قَدَرْتُمْ عَلَیْهِ فَإِنَّ إِخْرَاجَهُ مِفْتَاحُ رِزْقِکُمْ وَ تَمْحِیصُ ذُنُوبِکُمْ وَ مَا تَمْهَدُونَ لِأَنْفُسِکُمْ لِیَوْمِ فَاقَتِکُمْ وَ الْمُسْلِمُ مَنْ یَفِی لِلَّهِ بِمَا عَهِدَ إِلَیْهِ وَ لَیْسَ الْمُسْلِمُ مَنْ أَجَابَ بِاللِّسَانِ وَ خَالَفَ بِالْقَلْبِ وَ السَّلَامَ.

دلالت می کند رجوع مالک اصلی نافذ نیست.

شیخ - رحمه الله علیه - می فرماید: ممکن است نظیر توهمی که در سابق ذکر شد این جا نیز وارد شود و آن این که با رجوع مالک اصلی دیگر مال غیر نیست تا با روایت منافات داشته باشد؛ چراکه با رجوع، از ملک آخذ خارج شده و به ملک مالک اصلی برمی گردد، پس حلال پنداشتن آن مال برای مالک اصلی، شاید حلال پنداشتن مال غیر نیست و در نتیجه تصرف در آن برای مالک اصلی بلا مانع است. پس تمسّک به روایت، تمسّک به مطلق یا عام در شبهه ی مصداقیه است.

شیخ - رحمه الله علیه - [علاوه(۱) بر پاسخی که به توهم سابق دادند] می فرمایند: «لَا يَحِلُّ مالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطِيبَةِ نَفْسِهِ» اطلاق داشته و هر نوع تصرّفی اعم از تصرف تکوینی و تصرف اعتباری از جمله تملّک به رجوع را منع می کند. بنابراین وقتی که شک داریم رجوع نافذ است یا نه؟ روایت می فرماید نافذ و جایز نیست مگر این که مالک (آخذ) راضی شود.

۱- زیرا فرمودند: «و توهّم: تعلّق الحِلّ بمال الغیر، و کونه مال الغیر بعد الرجوع أوّل الکلام، مدفوع: بما تقدّم، مع أنّ تعلّق الحِلّ بالمال یفید العموم بحیث یشمل التملّک أیضاً، فلا یحلّ التصرّف فیه و لا تملّکه إلّا بطیب نفس المالک». محقق ایروانی قدس سره - در مورد «مع أنّ تعلق الحل ...» می فرماید: هذا تقریب ثان للاستدلال لا یجری علیه التوهّم المتقدّم و حاصله أنّ عموم لا یحلّ یشمل التملک و لا معنی لحرمه التملّک إلّا فساده و عدم تأثیره فی حصول الملک فیوافق هذا التقریب تقریب الاستدلال بالآیه الآتیه و ستسمع عدم جریان التوهّم هناک. (حاشیه المکاسب (للإیروانی)، ج ۱، ص ۸۰) ولی سید یزدی قدس سره - می فرماید: الظّاهر أنّ لفظه مع من غلط النّسخه و الصّحیح من أنّ تعلّق إلخ و ذلک لأنّ هذا لیس وجها آخر لدفع التّوهّم بل هو بیان الوجه السّابق فتدبّر. حاشیه المکاسب (للیزدی)، ج ۱، ص ۷۴.

اشکال بعض محشّین بر استدلال شیخ به این روایت

محشّین(۱) بزرگوار مکاسب در این جا هر کدام با شیوه و روش خودشان بر کلام

۱- حاشیه المکاسب (للإیروانی)، ج ۱، ص۸۰: لکن یردّه أولاـ أنّ ظاهر لاـ یحلّ هو الحرمه التکلیفیّه دون الوضع فیختصّ بغیر التملّک من التصرّفات و ثانیا أنّ الظّاهر أنّ المقدّر فی الرّوایه هو التصرف طبقا للمصرّح به فی روایه لا یحلّ لأحد أن یتصرّف فی مال غیره و التملّک لیس تصرّفا فی المال بل قصد نفسانیّ من شخص المتملّک و ثالثا أنّ الجمع فی کلمه واحده بین إراده الحکم التکلیفی و الوضعیّ لا یجوز فإمّا أن یراد من کلمه لا یحلّ الحکم التّکلیفی فقط و هو حرمه التصرّفات أو الوضعیّ فقط و هو فساد التملّک و قد عرفت أنّ الظّاهر هو الأوّل. • حاشیه کتاب المکاسب (للأصفهانی، ط - الحدیثه)، ج ۱، ص۱۳۹: تقریب الاستدلال بوجهین کما فی دلیل السلطنه، و الجواب عن کلاـ الوجهین کما تقدم، و بالجمله فالحلیه المنوطه بالرضا هی حلیه التصرف فی المال لا حلیه إزاله إضافه المال إلیه، بل یمکن أن یقال بعدم صحه الاستدلال هنا و إن قلنا بها فی دلیل السلطنه، فإنّ عدم الحلیه التکلیفیه و ثبوت الحرمه المولویه لا ینافی الصحه کما تقدم، و الحلیه و إن کانت بمفهومها مناسبه للتکلیف و الوضع، لکنها إذا تعلّقت بالافعال السببیه التی یترقّب منها النفوذ، و أمّا إذا نسبت إلی الأعیان فلا یناسب إلّا التکلیف، فلذا لا یتوهم أحد أنّ قولنا «التمر حلال» أی أکله لاـ بیعه، و کذلک قوله تعالی «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ» ... . • نهج الفقاهه (للسید الحکیم)، ص۴۶: هذا یتوقف علی أن یکون المراد من الحلیه الحلیه الوضعیه لیکون موضوعها التصرفات الاعتباریه التی منها التملک، أما لو کان المراد منها الحلیه التکلیفیه کما هو الظاهر منها و لا سیما بقرینه السیاق و المورد إذ لم نعثر علی المتن المذکور إلا علی ما رواه سماعه عن أبی عبد اللّه علیه السلام - فی حدیث قال رسول اللّه۹: من کانت عنده أمانه فلیؤدها الی من ائتمنه علیها فإنه لا یحل دم امرء مسلم و لا ماله إلا بطیبه نفسه، اختصت بالتصرفات الحقیقیه مثل أکله و لبسه و نحوهما فلا تشمل التملک، و اما روایه تحف العقول: لا یحل لمؤمن مال أخیه إلا عن طیب نفس منه، فضعیفه السند. • مصباح الفقاهه، ج ۲، ص۱۳۹: و لکن یتوجه علی الاستدلال المزبور: أن الحل فی اللغه هو الإطلاق و الإرسال. و یقابله التحریم، فإنه بمعنی المنع و الحجر. و قد تقدم فی البحث عن إفاده المعاطاه الملکیه أن الحل بهذا المعنی یناسب الحلیه الوضعیه و التکلیفیه کلتیهما. و علیه فکما یصح استعمال لفظ الحل فی خصوص الحلیه الوضعیه أو التکلیفیه. کذلک یصح استعماله فیهما معا. و یختلف ذلک حسب اختلاف القرائن و الموارد. مثلاـ إذا أسند لفظ الحل إلی الأمور الاعتباریه- کالبیع و نحوه- أرید منه الحل الوضعی و التکلیفی معا. و إذا أسند ذلک إلی الأعیان الخارجیه أرید منه الحل التکلیفی فقط: أعنی به الترخیص فی الفعل. کقوله (تعالی) (وَ يُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّباتِ) و هکذا الحال فی لفظ التحریم. و علیه فلفظ الحل فی الروایه الشریفه إنما نسب الی المال. و هو إما من الأعیان الخارجیه، أو من المنافع. و علی کلا التقدیرین فلا معنی لحلیه ذلک إلا باعتبار ما یناسبه- کالتصرف- و إذن فیراد من حلیه المال حلیه التصرف فیه. کما أن المراد من حلیه المأکولات حلیه استعمالها و هکذا فی کل مورد من الموارد حسب ما تقتضیه مناسبه الحکم و الموضوع. و علی هذا فمعنی الروایه: أن الشارع المقدس لم یرخص فی التصرف فی مال امرئ إلا بطیب نفسه. و إذن فهی أجنبیه عما نحن فیه.

شیخ اشکال کرده انـد که محصّل آن این چنین است: در صورتی استدلال شیخ صحیح است که مراد از حلّیت در «لا یحلّ» حلّیت وضعی باشد؛ زیرا در این صورت معنای روایت آن است که هیچ تصرفی وضعاً از جمله تملّک به رجوع در مال مسلم نمی توان کرد جز بـا رضـایت وی؛ چراکه تملّک به رجوع نیز یک نوع حکم وضعی است. امّا اگر مراد از حلّیت در «لا یحلّ» حلّیت تکلیفی باشد که «لا یحلّ» به معنای حرمت تکلیفی می شود کما هو الظاهر من الروایه به قرینه ی این که متعلق مال، عین یـا منفعت است دیگر اختصاص به تصرّفات خارجی(۱)ماننـد أکل، شرب، جلوس، قـدم گذاشـتن و ... پیدا می کند و شامل تملّک به رجوع نمی شود که امری وضعی بوده و بدون تصرف خارجی و فقط با قصد محقق می شود.

بنابراین در صورتی که مراد از حلّیت، حلّیت تکلیفیه باشد روایت شریفه دلالتی بر مدعای شیخ ندارد و این را نیز بعضی اضافه کرده اند که «لا یحلّ» نمی تواند هم بر حلّیت وضعی و هم حلّیت تکلیفی هر دو حمل شود.

۱- چراکه مـال، عین یا منفعت است و عین یا منفعت فی نفسه متعلق حلّیت و حرمت تکلیفی واقع نمی شود، لـذا بایـد فعلی در تقدیر گرفت که مناسب باشد و فعل مناسب «تصرّف» می باشد؛ چنان که در توقیع صاحب العصر علیه السلام - «لَا یَحِلُّ لِأَحَدٍ أَنْ یَتَصَرَّفَ فِی مَالِ غَیْرِهِ بِغَیْرِ إِذْنِهِ» به آن تصریح شده است.

نقد اشکال محشین

اوّلاً: بعید نیست که حتی اگر مراد از حلّیت، حلّیت تکلیفی بوده و اختصاص به تصرفات خارجی و تکوینی داشته باشد باز بتوان به این روایت استدلال کرد، به این صورت که می گوییم: روایت نسبت به تصرف بعد از رجوع نیز اطلاق دارد و بیان می کند هیچ تصرفی در مال غیر حتی تصرف بعد از رجوع جایز نمی باشد.

إن قلت: بعد از رجوع که دیگر مال او نیست تا تصرف در آن تصرف در مال غیر باشد!

قلت: مراد روایت عرفاً این است: چیزی که بالفعل مال دیگری است هیچ تصرفی در آن اعم از این که با رجوع باشد یا بدون رجوع، جایز نیست. به عبارت دیگر مفهوم عرفی روایت این است که کسی نمی تواند مالی که بالفعل متعلق به غیر است در آن رجوع کرده و آن را ملک خود کند، آن گاه در آن تصرف کند.

بنابراین روایت دالّ بر عدم نفوذ رجوع و در نتیجه لزوم ملکیت حاصل از معاطات می باشد.

ثانیاً: همان طور که در ذیل آیه ی مبارکه ی «أَحَلَّ اللهُ البَیعَ وَ حَرَّمَ الرِّبا» بیان کردیم که «حلّیت» در لغت به معنای رها، مرسل و آزاد بودن است و در نتیجه بعید نیست از کریمه استفاده کنیم که بیع تکلیفاً و وضعاً آزاد است و آن چه را که عقلاء آن را بیع می دانند شارع نه از لحاظ تکلیفی قیدی روی آن گذاشته و نه از لحاظ وضعی، در ما نحن فیه نیز می توانیم بگوییم: «لَا یَحِلُّ مالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطِیبَهِ نَفْسِهِ» یعنی مال مسلمان هیچ گونه آزادی ندارد مگر با رضایت خودش؛ یعنی مال مسلمان در حصار و قلعه ی رضایت خودش است، اگر رضایت نداشته باشد نه تصرف تکوینی و خارجی می توان در آن کرد و نه تصرّف قراردادی و اعتباری.

بنـابراین اگر بگوییم روایت هم شامـل تصـرفات تکوینی می شود و هم شامـل تصـرفات اعتباری، اسـتعمال لفظ در اکثر از معنا لازم نمی آیـد، بلکه لازمه ی اسـتعمال «لاـ یحلّ» در معنای لغوی است که به معنای عـدم ارسال و اطلاق و آزاد بودن است؛ یعنی هرگونه تصرفی در آن اعم از تکوینی و اعتباری باید به رضایت مالک باشد.

شاهدی بر اعم بودن حلّیت تصرّف از تصرفات تکوینی و اعتباری

در [موثقه ی ابی بصـیر] که فرمود «حُرْمَةُ مَالِ الْمُسْلِمِ [المؤمِن] کَحُرْمَةِ دَمِهِ»، از تشبیه حرمت مال مسلم [مؤمن] به حرمت دمش استفاده می شـود همـان گـونه که ریختن خـون مسـلمان [مؤمن]، هم حرمت تکلیفی دارد و هم حرمت وضـعی که اگر کسـی خونش را ریخت باید دیه پرداخت کند، مال مسـلم [مؤمن] نیز، هم حرمت تکلیفی دارد که کسـی حق ندارد بدون اجازه ی او در آن تصـرف کند و هم حرمت وضـعی دارد؛ یعنی اگر کسی تلف کرد ضمان دارد(۱) و بـدون اجازه ی او به دیگری منتقل نمی شود.

بنابراین همان طور که در موثقه ی ابی بصـیر حرمت مال به قرینه ی حرمت دم در اعم از حرمت تکلیفی و حرمت وضعی یعنی در معنای لغوی عدم ارسال و اطلاق اسـتعمال شده، در ما نحن فیه نیز مانعی ندارد «لا یحلّ» که به معنای «حرمت» است در اعم از وضعی و تکلیفی استعمال شده باشد.

امّـا این که چرا این سـخن را نمی توان در مورد کریمه ی (اُحِـلَّ لَکُمُ الطَّیِّبـات) و (حُرِّمَتْ عَلَیکُمْ اُمّهَـاتُکُمْ) گفت به خاطر این است که اصلاً حلّیت و حرمت جز به نحو تکلیفی در این دو کریمه معنا ندارد و قرینه وجود دارد که مراد چیست و در

۱- کمـا این که مرحوم شـیخ در جـای دیگر برای اثبـات ضـمان به این روایت تمسـک کرده انـد: • المکـاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۱۹۰: اللّهم إلّـا أن یستدلّ علی الضـمان فیها بما دلّ علی احترام مال المسـلم، و أنّه لا یحلّ مال امرئٍ إلّا عن طیب نفسه، و أنّ حرمه ماله کحرمه دمه، و أنّه لا یصـلح ذهاب حقّ أحـد، مضافاً إلی أدلّه نفی الضـرر، فکلّ عمل وقع من عاملٍ لأحدٍ بحیث یقع بأمره و تحصیلًا لغرضه، فلا بدّ من أداء عوضه؛ لقاعدتی الاحترام و نفی الضرار.

(حُرِّمَتْ عَلَیکُمْ المیتَهُ) مثلاً «اکل» در تقدیر است؛ چون عین است، امّا در ما نحن فیه به خاطر اینکه متعلق «لا یحلّ» مال مضاف است و «مال مضاف» این خصوصیّت را دارد که هم تکویناً می توان در آن تصرف کرد و هم وضعاً و اصلاً به خاطر ارزش اقتصادی که دارد و می تواند در مبادله واقع شود به آن مال گفته می شود کما این که در تعریف مال گفته شده «ما یبذلون بإزائه الثمن» مناسب آن است که بگوییم اعم از تصرف تکوینی و وضعی مراد است. بلکه بالاتر، اگر امر دائر شود بین وضعی یا تکلیفی می گوییم وضعی أولی است؛ چون استفاده ی مال بما هو مالٌ بیشتر در مبادلات است؛ مال بما هو مالٌ که اکل نمی شود، پوشیده نمی شود و ... بلکه بما هو عین من الاعیان چنین استفاده ای از آن می شود.

بنابراین این که گفته اند چون متعلق مال معمولاًـ عین است پس مناسب با حلّیت تکلیفی است درست نیست و ما می گوییم مراد از حلّیت اعم از حلّیت وضعی و تکلیفی است.

۳. تمسّک به روایت «البیّعان بالخیار حتّی یفترقا»

اشاره

شیخ - رحمه الله علیه - می فرماید(۱): برای اثبات ملکیّت توسّط معاطات، علاوه بر ادله ی مذکور(۲) می توان به روایات متعددی که در خصوص لزوم بیع وارد شده از جمله

۱- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص۵۵: هذا کلّه، مضافاً إلی ما دلّ علی لزوم خصوص البیع، مثل قوله صلّی اللّه علیه و آله و سلم: «البیّعان بالخیار ما لم یفترقا».

۲- مرحوم شیخ قبل از تمسک به روایت «البیعان بالخیار» به کریمه ی «تجاره عن تراض» تمسّک می کنند، ولی ما برای این که روایات را یک جا ذکر کنیم و سپس وارد تمسّک به آیات شویم این روایت و روایت دیگری را که شیخ بعداً بررسی می کنند قبل از تمسک به آیات ذکر می کنیم. ترتیبی که شیخ در تمسّک اتخاذ کردند خلاف دأب ما و روش معمول است؛ چون ابتدا به آیات تمسّک می شود، سپس به روایات و در آخر به اصل عملی. ولی این جا شیخ از اضعف شروع کردند و بین آیات و روایات هم ترتیب را رعایت نکردند.

روایت شریف «البیّعان بالخیار ما لم یفترقا»(۱) تمسّک کرد.

این مضمون با لسان های متعدد در روایات نقل شده است. در بعضی به صورت «الْبَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ حَتَّى يَفْتَرِقَا» نقل شده و در بعضی به صورت «الْبَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَفْتَرِقَا» و در بعضی مشتمل بر این ذیل است «فَإِذَا افْتَرَقَا وَجَبَ الْبَيْعُ» [یا «فَإِذَا افْتَرَقَا فَلَا خِيَارَ بَعْدَ الرِّضَا مِنْهُمَا»]؛ یعنی خریدار و فروشنده دارای حق فسخ اند مادامی که افتراق پیدا نکرده اند، پس اگر افتراق پیدا کردند دیگر بیع واجب می شود [یا اگر افتراق پیدا کردند دیگر خیاری نیست بعد از این که رضایت داشتند].

۱- وسائل الشیعه، ج ۱۸، کتاب التجاره، ابواب الخیار، باب ۱ (بَابُ ثُبُوتِ خِيَارِ الْمَجْلِسِ لِلْبَائِعِ وَ الْمُشْتَرِى مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا)، ص۵: مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِى عَلِيٍّ الْأَشْعَرِيِّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الْجَبَّارِ عَنْ صَفْوَانَ عَنِ الْعَلَاءِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِى عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام - قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ۹ الْبَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ حَتَّى يَفْتَرِقَا وَ صَاحِبُ الْحَيَوَانِ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ. وَ [مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ] عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِى عُمَيْرٍ عَنْ جَمِيلٍ وَ ابْنِ بُكَيْرٍ جَمِيعاً عَنْ زُرَارَةَ عَنْ أَبِى عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام - قَالَ: سَمِعْتُهُ يَقُولُ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ۹ الْبَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ حَتَّى يَفْتَرِقَا الْحَدِيثَ. وَ [مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ] عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ جَمِيلٍ عَنْ فُضَيْلٍ عَنْ أَبِى عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام - فِى حَدِيثٍ قَالَ: قُلْتُ لَهُ مَا الشَّرْطُ فِى غَيْرِ الْحَيَوَانِ قَالَ: الْبَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَفْتَرِقَا فَإِذَا افْتَرَقَا فَلَا خِيَارَ بَعْدَ الرِّضَا مِنْهُمَا. وَ رَوَاهُ الصَّدُوقُ فِى الْخِصَالِ عَنْ أَبِيهِ عَنْ سَعْدِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عِيسَى عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ جَمِيلٍ عَنِ الْفُضَيْلِ بْنِ يَسَارٍ وَ رَوَاهُ الشَّيْخُ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مَحْبُوبٍ مِثْلَهُ. وَ [مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ] عَنْ عَلِيٍّ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِى عُمَيْرٍ عَنْ حَمَّادٍ عَنِ الْحَلَبِيِّ عَنْ أَبِى عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام - قَالَ: أَيُّمَا رَجُلٍ اشْتَرَى مِنْ رَجُلٍ بَيْعاً فَهُمَا بِالْخِيَارِ حَتَّى يَفْتَرِقَا فَإِذَا افْتَرَقَا وَجَبَ الْبَيْعُ الْحَدِيثَ. وَ رَوَاهُ الصَّدُوقُ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحَلَبِى وَ رَوَاهُ الشَّيْخُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ مِثْلَهُ.

مرحوم شیخ کیفیت استناد به این روایت را به فهم خوانندگان واگذار کرده و توضیحی ارائه نفرموده است. برخی از محققین با سه بیان از این روایت استفاده کرده اند که بیع معاطاتی مانند بیع بالصیغه لازم است.

سه بیان بر کیفیت دلالت روایت بر لزوم بیع معاطاتی

اشاره

۱. نفس جعل خیار برای همه ی بیوع از جمله معاطات دالّ بر لزوم معاطات است؛ شکی نیست که بیع معاطاتی عرفاً بیع است و اصلاً بر این فرض بحث می کنیم که معاطات مصداقی از مصادیق بیع است. بنابراین اطلاق «الْبَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ حَتّى يَفْتَرِقَا» شامل متعاطیین در بیع معاطاتی نیز می شود؛ یعنی متعاطیین خیار فسخ دارند مادامی که از هم جدا نشده اند و این دلالت می کند که بیع معاطاتی لازم است؛ چون اگر لازم نبود جعل خیار برای آن لغو بود؛ زیرا جعل خیار برای معامله ی جایز معنا ندارد. به خاطر همین در معاملات جایزی مانند وکالت، هبه به غیر ذی رحم، مضاربه، شرکت و ... جعل خیار نمی شود. پس این که جعل خیار برای مطلق بیع شده، کاشف از آن است که معاطات صرف نظر از این خیار و یا خیارهای دیگر که طبق دلیل ثابت می شود لازم می باشد و گرنه جعل خیار برای آن لغو می باشد.(۱)

۲. مفهوم غایت در «الْبَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ حَتَّى يَفْتَرِقَا» دالّ بر آن است که بعد از افتراق، خیاری برای متبایعان نیست. پس این که روایت در مقام تحدید، غایت خیار را افتراق بیان کرده، دارای مفهوم است و آن این که بعد از افتراق خیاری

۱- کتاب البیع (للإمام الخمینی)، ج ۱، ص۱۷۹: و الاستدلال تاره: بجعل الخیار؛ إذ الخیار مختصّ بالبیع اللازم، و مقتضی الإطلاق وجود الخیار فی بیع المعاطاه، فهو لازم.

نیست و کسی نمی تواند شیء فروخته شده را پس بگیرد یا پس دهد و اطلاق آن شامل بیع معاطاتی نیز می شود.(۱)

۳. روایات صحیحی که در ذیل آن می فرماید: «فَإِذَا افْتَرَقَا وَجَبَ الْبَیْعُ» آن مفهومی را که غایت دلالت می کرد تصریح کرده و به صورت منطوق بیان می کند و اطلاق آن شامل بیع معاطاتی نیز می شود. بنابراین بیع معاطاتی بعد از افتراق واجب می شود و بایع و مشتری نمی توانند مبیع یا ثمنی را که به معاطات داده اند پس بگیرند؛ زیرا خلاف «وجب البیع» است.(۲)

مناقشه ی مرحوم امام در هر سه بیان

این سه بیان مورد حمله ی شدید امام قدس سره - در کتاب البیع قرار گرفته و دلالت هر یک را بر لزوم معاطات مخدوش دانسته اند.

مناقشه ی امام قدس سره - در بیان اوّل

امّا بیان اوّل که نفس جعل خیار که بالاطلاق شامل بیع معاطاتی می شود کافی است در اثبات لزوم بیع معاطاتی؛ چراکه جعل خیار برای بیعِ جایز لغو و نامعقول است، ایشان در پاسخ می فرمایند(۳):

۱- کتاب البیع (للإمام الخمینی)، ج ۱، ص۱۷۹: و أُخری: بمفهوم الغایه بأن یقال: إنّ ماهیّه الخیار مغیّاه بعدم الافتراق، و معه یسقط الخیار، و هو ملازم للزوم، و مقتضی الإطلاق دخول البائع بالمعاطاه.

۲- همان: و ثالثه: بقوله «فإذا افترقا وجب البیع» إذ الإطلاق یقتضی أن یکون واجباً فعلیّاً من جمیع الجهات، و أدلّه سائر الخیارات مقیّده له، لا حیثیّاً.

۳- همان: أقول: إن قلنا بأنّ جعل الخیار للبیع الجائز ذاتاً لا مانع منه، کجعل الخیارات المتعدّده للبیع، فلا دلاله لجعل الخیار علی لزومه؛ لأنّه کاللازم الأعمّ الذی بثبوته لا یحرز الملزوم الخاصّ. و إن قلنا: بعدم صحّه جعله للجائز ذاتاً بحسب حکم العقل أو العقلاء، فإن کان هذا الحکم کالقید الحافّ بالکلام، فیکون قوله (علیه السّلام) البیّعان بالخیار مقیّداً بکون بیعهما لازماً، ففی مورد الشکّ فی کون بیع لازماً کالمعاطاه لا یصحّ التمسّک بإطلاقه؛ لأنّ الشبهه مصداقیّه. و إن قلنا: بأنّ حکم العقل أو العقلاء کالمخصّص المنفصل، لا یوجب تقیید الموضوع عند صدوره، و کان القید لبیّاً منفصلًا، فإن قلنا: بجواز التمسّک بالعامّ فی الشبهه المصداقیّه فی مثله کما قالوا، فیمکن التمسّک بإطلاق البیّعان بالخیار لإثبات الخیار فی المعاطاه و کشف لزومها، نحو التمسّک بقوله (علیه السّلام) لعن اللّه بنی أُمیّه قاطبهً فی مورد الشکّ فی أیمان واحد منهم لجواز لعنه، و کشف عدم إیمانه؛ إذ فی المخصّص اللبّی المنفصل یجوز التمسّک بالعامّ. و إن قلنا: بعدم الفرق بین المخصّصات اللّبیّه و اللفظیه فی عدم جواز التمسّک فی الشبهه المصداقیّه، کما اخترناه فی محلّه، فلا یصحّ التمسّک بإطلاقه لکشف حال الموضوع. إلّا أن یقال: إنّ الشبهه المصداقیّه للمخصّص اللّبی التی لا یجوز فیها التمسّک بالعامّ هو ما إذا خرج من العامّ عنوان بحسب حکم العقل، و شکّ فی مورد أنّه مصداق الخارج أو لا، و أمّا إذا شکّ فی أصل الخروج و لو من جهه عدم إحراز مصداق للعنوان العقلی، کما فیما نحن

بصـدده؛ حيث لم يحرز أنّ للبيع مصـداقاً جائزاً، فليس الشكّ فيه من قبيل الشـبهه المصـداقيّه للمخصّـص المحرزه مخصّصيّته، و التفصـيل فى محلّه. و يمكن أن يقـال: إنّه لا فرق فى عـدم جواز التمسّک بين ما ثبت تحقّق أفراد من العنوان الخارج و شکّ فى فرد آخر، و عدمه إذا کان المخصّـص عقليّاً؛ ضـروره أنّ تحقّق الفرد و عدمه لا دخاله له فى الحکم، فحکم العقل بأنّ المؤمن لا يلعن ثـابت، مـوجب لعـدم دخـول المـؤمن فى قـوله (عليه السّـلام) لعن اللّه بنى أُميّه من غير نظرٍ إلى خصوصـيّات المصـاديق، و خروجها، و دخولها. فلو شکّ فى فرد أنّه مؤمن أو لا، مع العلم بعـدم إيمان غيره منهم، يکون من الشـبهه المصداقيّه للمخصّـص، لا الشـبهه فى أصل التخصـيص لأنّ التخصيص بحکم العقل، و هو على النحو الکلّى لا الجزئى، و لا شکّ فى خروج المؤمن عن هـذا العامّ، و الشکّ فى المصـداق غير الشکّ فى التخصـيص، و ما نحن فيه کذلک، بناءً على کون التخصـيص أو عدم الدخول بحکم العقـل، فتـدبّر جيّـداً. • کتـاب البيع (تقريرات، للخرم آبـادى)، ص۲۰۴: أمّـا على الأوّل، فاسـتفاده اللزوم مـن نفس جعل الخيـار، موقوفه على عـدم جعله فى المعاملات الجـائزه بالـذات، و إلّا فجعل ما هو لازم أعمّ لا يثبت الأخصّ. و على فرض تقيّد البيع باللازم، قد يکون التقيّد بديهياً من قبيل القرائن الحافّه بالکلام، و قد يکون نظرياً من قبيل المنفصـلات اللبّيه، فلو کان الأوّل فالتمسّـک بإطلاـق «البيّعـان» و إثبات اللزوم من جعل الخيار فيه مشـکل؛ إذ هو من قبيل الشـبهه المصـداقيه لموضوع العامّ، و إن کان الثانى فهو أيضاً لا يمکن؛ لهـذه العويصه*، و عـدم الفرق بين المتصل و المنفصل فيها و بين اللفظى و اللبّى، کما قد قرّر. * اين جا حتماً اشـتباهى رخ داده و صـحيح آن است که گفته شود: لأنه من قبيل التمسک بالعام فى الشبهه المصداقيه للمخصص. (اميرخانى)

اگر قائل شویم جعل خیار برای بیع جایز نیز ممکن و معقول است چراکه ماهیت خیار با جواز حکمی متفاوت است؛ خیار حقی است که برای ذی الخیار جعل شده و قابلیت نقل، اسقاط و ارث دارد، به خلاف جواز که حکم بوده و چنین قابلیتی ندارد. لذا مانعی از جعل خیار برای بیع جایز نیست، چنان که گاهی خیارات متعدد با حیث های متفاوت برای یک بیع جعل می شود معلوم است که در این صورت استدلال ناتمام خواهد بود؛ زیرا جعل خیار برای بیع جایز نیز معقول بوده و لذا جعل خیار ملازم با لزوم بیع نیست.

امّا اگر گفتیم [ذاتاً] جعل خیار در عقد جایز ممکن نیست به حکم عقل که چون لغویت لازم می آید یا به حکم عقلاء که خیار مربوط به عقود لازم است و شامل عقود جایز نمی شود باز هم نمی توان جعل خیار را علامت لزوم بیع معاطاتی دانست؛ زیرا بنابر فرض عدم امکان جعل خیار برای بیع جائز باید بگوییم «الْبَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَفْتَرِقَا» تخصیص خورده و اختصاص به بیوع غیر جایز دارد.

حال این تخصیص به قرینه ی لبّیه، اگر آن قدر واضح باشد که همه ی عقلاء متوجه آن می شوند، مانند مخصص متصل عمل کرده و از همان ابتدا مانع انعقاد اطلاق در بیع جایز می شود و در حقیقت این چنین می شود: «البیّعان بالبیع اللازم بالخیار حتی یفترقا». بنابراین اگر در این صورت برای اثبات لزوم معاطات به این روایت تمسّک کنیم، تمسّک به عام در شبهه ی مصداقیه خواهد شد؛ زیرا فرض آن است که نمی دانیم بیع معاطاتی لازم است یا جایز، پس نمی توان به «البیّعان بالبیع اللازم بالخیار حتی یفترقا» تمسّک کرد.

و اگر تخصیص به قرینه ی لبّیّه آن قدر واضح نباشد که به منزله ی مخصّص متصل باشد، بلکه به منزله ی مخصّص منفصل باشد، گرچه اطلاق در این صورت منعقد می شود، ولی چون مخصّص منفصل دارد نمی توان برای اثبات لزوم بیع معاطاتی به آن تمسّک کرد؛ چراکه در این صورت تمسّک به عام در شبهه ی مصداقیّه ی مخصّص می شود و تمسّک به عام در شبهه ی مصداقیّه ی مخصص بنابر مبنای صحیح حتی اگر مخصّص لبّی باشد صحیح نیست.

بنابراین بیان اوّل که نفس جعل خیار باطلاقه در حکم به لزوم بیع معاطاتی کافی است، ناتمام می باشد.

مناقشه ی امام قدس سره - در بیان دوم

بیان دوم این بود که اطلاق مفهوم غایت در «الْبَیِّعَانِ بِالْخِیَارِ حَتَّی یَفْتَرِقَا»(۱) آن است که با افتراق متبایعین، دیگر خیاری در بیع نیست و در نتیجه مطلق بیع از جمله بیع معاطاتی لازم می شود. مرحوم امام قدس سره - در پاسخ به این بیان می فرمایند(۲):

۱- مفهوم غایت اختصاص به «الْبَیِّعَانِ بِالْخِیَارِ حَتَّی یَفْتَرِقَا» ندارد، بلکه در «الْبَیِّعَانِ بِالْخِیَارِ مَا لَمْ یَفْتَرِقَا» نیز چنین مفهومی استفاده می شود، چنان که در تقریرات خرم آبادی قدس سره - نیز به آن تصریح شده است. (امیرخانی) • کتاب البیع (تقریرات، للخرم آبادی)، ص۲۰۴: و قد یتمسّک بمفهوم الغایه؛ إذ قوله: «ما لم یفترقا» یستفاد من مفهومه أنّ الافتراق سبب لإسقاط الخیار، فیکون البیع بعده لازماً.

۲- کتاب البیع (للإمام الخمینی)، ج ۱، ص۱۸۱: و أمّا الاستدلال بمفهوم الغایه، ففیه: أنّ ماهیّه الخیار غیر الجواز الحکمی؛ ضروره أنّ الخیار حقّ مجعول لذی الخیار، قابل للنقل، و الإسقاط، و الإرث، و الجواز الحکمی بخلافه؛ فإنّه حکم للمعامله کالهبه و الوکاله، غیر مجعول لأحد، و لا قابل لما ذکر، فنفی ماهیّه الخیار لا ینافی بقاء الجواز الحکمی. • کتاب البیع (تقریرات، للخرم آبادی)، ص۲۰۵: و أمّا علی الثانی، فإن کان الخیار من قبیل الحقّ قابلًا للإسقاط و التوریث و النقل- بأن ینتزع من قوله مثلًا: «لک الخیار» السلطنه علی العقد بهذا المعنی، کما هو کذلک؛ إذ الخیارات کلّها من قبیل الحقوق، لا نفس معناه اللغوی؛ أعنی اختیار حلّ العقد بنحو الحکم الشرعی، و لا إشکال فی الفقه من هذه الجهه- فلا یتمسّک بمفهومها؛ إذ انتفاء ماهیه الخیار بعد الافتراق، لا یلزم منه نفی الجواز بعده أیضاً. نعم، إن قلنا بأنّ الجواز أیضاً من هذه الماهیه و عدم الفرق بینهما، فیلزمه ذلک، و لکنّه لیس الجواز من قبیل الخیار؛ إذ هو حکم شرعی لا یقبل شیئاً من هذا. و إن قیّدنا الموضوع- أعنی «البیّعان»- باللازم، فیجیء فیه ما قلنا من الوجهین و عدم صحّه التمسّک علی کلا التقدیرین.

ماهیت خیار با جواز حکمی متفاوت است. خیار حقی است که برای ذی الخیار جعل شده و قابلیت نقل، اسقاط و ارث دارد، به خلاف جواز که حکم بوده و چنین قابلیتی ندارد. روایت آن خیاری که این خصوصیات را دارد مغیّا به افتراق کرده، امّا جواز حکمی را که مغیّا به افتراق نکرده، بنابراین نمی توان با انتفاء خیار، نفی جواز حکمی را اثبات کرد.(۱)

مناقشه ی امام قدس سره – در بیان سوم

بیان سوم، استدلال به ذیل بعضی روایات بود که فرمود «فَإِذَا افْتَرَقَا وَجَبَ الْبَيْعُ»؛ یعنی هر گاه متبایعین از هم جدا شدند بیع لازم می شود که اطلاق آن شامل بیع معاطاتی نیز می شود. با این که دلالت این بیان بر لزوم بیع معاطاتی بالاطلاق تقریباً جای ابهام ندارد، ولی مرحوم امام قدس سره – در پاسخ می فرمایند(۲):

۱- این جواب مرحوم امام به بیان دوم در واقع بخش اول پاسخ به بیان اول است و پاسخ جدیدی نیست. از تقریرات خرّم آبادی قدس سره – نیز استفاده می شود پاسخ به بیان دوم تکرار همان پاسخ به بیان اول با تمام شقوق است. حضرت استاد دام ظله در تقریر پاسخ امام مطالب اضافه ای نیز فرمودند که چون مرحوم امام در پاسخ به بیان سوم آن را ذکر فرمودند، ما نیز به آن جا انتقال دادیم. (امیرخانی)

۲- کتاب البیع (للإمام الخمینی)، ج ۱، ص۱۸۱: و أمّا الاستدلال بذیل الروایه؛ أی قوله (علیه السّلام) فإذا افترقا وجب البیع ففیه: أنّه لا شبهه فی أنّ الموضوع فی صدرها و ذیلها واحد، فلو کان الموضوع فی الصدر مطلق البیع أو مقیّده، کان فی الذیل کذلک. فحینئذٍ نقول: إنّ أصاله الإطلاق فی الصدر تقتضی کون البیع- بلا قید موضوع الحکم، و إطلاقه شامل للبیع بالصیغه و المعاطاه، سواء کانت لازمه واقعاً أم جائزه، و أصاله الإطلاق فی الذیل تقتضی الوجوب مطلقاً، بعد الافتراق فی الموضوع المأخوذ فی الصدر، فیقع التعارض بینهما؛ لأنّ الوجوب المطلق یضادّ البیع الجائز، فلا بدّ إمّا من رفع الید عن إطلاق الذیل أو الصدر. و علی أیّ تقدیر: لا یصحّ التمسّک بالذیل لإثبات اللزوم فی مورد الشکّ. أمّا علی الأوّل: فلأنّ الوجوب الحیثی لا ینافی الجواز، و لو قلنا: بالوجوب الفعلی و ارتکبنا التقیید بالنسبه إلی الجائز علی فرضه، کان التمسّک به تمسّکاً فی الشبهه المصداقیّه للمخصّص. و أمّا علی الثانی: فلأنّ البیع فی الصدر إذا اختص بالبیع اللازم، یکون فی الذیل کذلک، فتصیر الشبهه مصداقیّه، لا یجوز التمسّک بالعامّ فیها، سواء کان التخصیص متّصلًا، أم منفصلًا، لفظیّاً، أو لبیّاً. هذا إن قلنا بصحّه جعل الخیار لمطلق البیع و لو کان جائزاً، و لو قلنا: بعدم صحّته، فلا بدّ أن یکون الموضوع فی الصدر مقیّداً لبّا، و الذیل تابع له، فصارت الشبهه مصداقیّه أیضاً. هذا کلّه مع الغضّ عن الروایات • کتاب البیع (تقریرات، للخرم آبادی)، ص۲۰۵: و أمّا علی الاحتمال الثالث فنقول: یعتبر فی الحکم الذی کان بعد الغایه، اتّحاد موضوعه مع موضوع المغیّا، و بعباره اخری: الحکم الذی یکون مفهوم الغایه و قد جعل منطوقاً بعد الغایه، یلزم أن یکون موضوعه نفس موضوع المغیّا، ففی المقام یلزم أن یکون موضوع قوله: «فإذا افترقا وجب البیع»- و هو الافتراق من البیع- نفس موضوع قوله: «البیّعان بالخیار» أعنی البیّعین فی البیع، فإن کان البیّعان فی البیع أعمّ من البیع الجائز و اللازم، یکون الافتراق أعمّ من البیع الجائز و اللازم، و إن کان مقیّداً باللازم هناک فکذلک هنا؛ إذ هذا حکم مفهوم المغیّا. و لا یخفی: أنّ الاستدلال منوط بوجود إطلاقین: أوّلهما: الإطلاق الموضوعی فی قوله: «البیّعان» بأن یکون شاملًا للجائز أیضاً حتّی یشمل المعاطاه، و ثانیهما: الإطلاق الحکمی فی قوله: «فإذا افترقا وجب البیع» بأن یکون اللزوم من جمیع الحیثیات و الجهات، و

إلّا فلا- يـدلّ على لزوم المعاطاه، كما هو ظاهر، و مع فرض اتحاد موضوع المغيّا مع ما بعـد الغايه و حفظ الإطلاقين، يلزم التنافى بين الصـدر و الـذيل؛ و ذلـك لأنّ مقتضـى الإطلاق الموضوعى- أعنى عموميه البيع للّازم و الجائز- أن يكون حكم الوجوب و اللزوم حيثياً؛ لوضوح أنّ الجائز لا يصـير لازماً بعـد الافتراق، و مقتضـى إطلاق الـذيل أن يقيّـد البيع باللازم، فالأمر دائر بين تقيّد الإطلاق الموضوعى و اختصاصه بالبيع اللازم، أو رفع اليد من الإطلاق الحكمى و جعله حيثياً، و على كلا التقديرين لا ينفعنا؛ إذ على فرض التقيّـد فى الموضوع يجى ء المحـذور السـابق؛ و هو الشـبهه فى المصـداق، و على فرض رفع اليـد عن إطلاق الحكم أيضاً يرتفع مورد الاسـتدلال؛ إذ ليس معناه لزوم المعامله و وجوبها من جميع الجهات حتّى يصلح للتمسّك، بل من جهه خاصّه. هـذا على تقـدير الإطلاـق فى الموضوع؛ أعنى «البيّعـان». و أمّـا على فرض اختصاصه باللازم من الأوّل، فالأمر واضـح؛ إذ هو من مصاديق الشبهه المصداقيه، كما قرّر آنفاً و مكرّراً.

شبهه ای نیست که موضوع در صدر و ذیل روایت واحد است؛ یعنی اگر موضوع در صدر روایت که می فرماید «الْبَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ حَتَّى يَفْتَرِقَا» مطلق بیع، اعم از لازم و جایز باشد، در ذیل هم که می فرماید «فَإِذَا افْتَرَقَا وَجَبَ الْبَيْعُ» موضوع مطلق بیع خواهد بود و اگر موضوع در صدر مقید بوده و مراد خصوص بیع لازم باشد ذیل هم این چنین خواهد بود؛ چراکه ذیل متفرع بر صدر و در سیاق آن می باشد.

حال اگر موضوع در صدر و ذیل روایت، مقیّد به خصوص بیع لازم باشد معلوم است که دیگر نمی توان برای اثبات لزوم بیع معاطاتی به این روایت تمسّک کرد؛ زیرا روایت در واقع این چنین می شود: «البیع اللازم فیه خیار المجلس حتی یفترقا المتبایعان فإذا افترقا وجب البیع اللازم غیر الجائز» لذا استدلال به این روایت برای اثبات لزوم بیع معاطاتی که نمی دانیم لازم است یا جایز، تمسّک به عام در شبهه ی مصداقیه می شود. و اگر مخصص به نحو منفصل باشد تمسّک به عام در شبهه ی مصداقیه ی مخصّص منفصل می شود که درست نیست.

امّا اگر موضوع در صدر و ذیل روایت، مطلق بیع اعم از لازم و جایز باشد چنان که ظاهر عبارت است دچار تعارض صدر و ذیل می شود؛ زیرا در واقع روایت این چنین می شود: «البیعان بالخیار سواء کان البیع لازماً او جائزاً حتّی یفترقا فإذا افترقا وجب البیع مطلقاً یعنی و إن کان البیع جائزاً» یعنی صدر می فرماید حتی در بیع جایز هم خیار وجود دارد، ولی ذیل می فرماید با افتراق متبایعین حتی بیع جایز نیز لازم می شود، در حالی که نمی توان به این ملتزم شد؛ چراکه بیع جایز به این معناست که هیچ وقت لازم نمی شود و جواز با لزوم سازگاری ندارد، لذا باید یا از صدر رفع ید کرد یا از ذیل.

رفع یـد از ذیـل، به این است که بگوییم مقصود از «وجب البیع» وجوب حیثی است؛ یعنی فقط از حیث خیار مجلس واجب می شود و نسبت به حیث هـای دیگر و سـایر خیارات ساکت است. [اگر چنین بگوییم دیگر نمی توان برای اثبات لزوم معاطات به ذیـل روایت تمسّـک کرد؛ چون ذیـل روایت فقـط از حیث خیار مجلس بیان می کنـد که بعـد از افتراق لازم است و نسبت به حیث های دیگر ساکت است، در حالی که ما به دنبال اثبات لزوم مطلق و فعلی معاطات هستیم؛ نه لزوم حیثی.]

راه دیگر رفع ید از اطلاق ذیل، آن است که بگوییم «وجب البیع» گرچه وجوب حیثی و فقط از حیث خیار مجلس نیست، بلکه وجوب مطلق و فعلی است، امّـا نسبت به بیع جـایز تقییـد خورده است؛ یعنی «وجب البیع إلا فی البیع الجائز». اگر چنین بگوییم باز نمی توان برای اثبات لزوم معاطات به آن تمسّک کرد؛ چراکه تمسّک به عام در شبهه ی مصداقیه ی مخصص می شود.

در صورتی هم که از اطلاق صدر روایت رفع ید شود و اختصاص به بیع لزومی داشته باشد، از آن جا که ذیل تابع صدر است ذیل نیز اختصاص به بیع لزومی پیدا خواهد کرد و در نتیجه تمسّک به آن برای اثبات لزوم معاطات، تمسّک به عام در شبهه ی مصداقیه ی مخصص خواهد شد.

بنابراین بیان سوم نیز در استدلال به ذیل «فَإِذَا افْتَرَقَا وَجَبَ الْبَيْعُ» برای اثبات لزوم معاطات ناتمام است.

مناقشه ی دیگر امام قدس سره – نسبت به بیان دوم و سوم

امام قدس سره – مناقشه دیگری در ادامه [نسبت به بیان دوم و سوم] اضافه می کنند(۱) و

۱- کتـاب البیع (للإمام الخمینی)، ج ۱، ص۱۸۱: و أمّـا بالنظر إلیها [الروایات] فهی علی طوائف: منها: و هی الأکثر ما لم یصـرّح فیها بالمفهوم، کقوله (علیه السّلام) فی صحیحه محمّد بن مسلم البیّعان بالخیار حتّی یفترقا، و صاحب الحیوان بالخیار ثلاثه أیّام. و نحوها فی عـدم ذکر المفهوم صـحیحه زراره و روایه علی بن أسـباط و الحسـین بن عمر بن یزیـد، عن أبیه و غیرها. و منها: ما صرّح بـه، و هی صـحیحه الفضـیل، عن أبی عبـد اللّه (علیه السّـلام) قـال: قلت له: مـا الشـرط فی الحیـوان؟ فقـال لی ثلاـثه أیّـام للمشتری. قلت: و مـا الشـرط فی غیر الحیوان؟ قـال البیّعـان بالخیار ما لم یفترقا، فإذا افترقا فلا خیار بعـد الرضا منهما. و صـحیحه الحلبی، عن أبی عبـد اللّه (علیه السّـلام) قـال أیّمـا رجـل اشتری من رجـل بیعاً فهما بالخیار حتّی یفترقا، فإذا افترقا وجب البیع. و منها: ما فیها حکایه فعل أبی جعفر (علیه السّـلام)، کصـحیحه الحلبی عن أبی عبد اللّه (علیه السّلام) أنّه قال إنّ أبی اشتری أرضاً یقال لها العُرَیْضِ فلمّا اسـتوجبها قام فمضی. فقلت له: یا أبت عجّلت القیام! فقال یا بنی أردت أن یجب البیع. و نحوها غیرها. أمّا الطـائفه الاـولی: فلاـ شـبهه فی عـدم دلالتهـا علی المقصـود، مع الغضّ عمّـا مرّ بیـانه؛ فـإنّ دلالتهـا مبتیّه علی أن یکون المراد ب «الخیـار» مـاهیّته المطلقه، حتّی تـدلّ الغـایه علی سـلبها، فیـدّعی أنّه ملازم للزوم، و هو غیر مراد بلا ریب؛ لأنّ جعل الغایه لماهیّه الخیـار المطلقه مع کونهـا واقعـاً لخیـار واحـد فقـط، و سائر الخیارات علی کثرتها غیر مغیّاه بالافتراق مستهجن، فلا بـدّ من إراده الخیار الخاصّ؛ أی خیار المجلس و لازمها سـلبه خاصّاً، و هو غیر ملازم للزوم. و منه یظهر الکلام فی صحیحه الفضیل؛ فإنّ قوله

(علیه السّلام) فلا خیار محمول علی الخیار المذکور فی الصدر؛ لتبعیّه ذیلها لصدرها فی ذلک، مع أنّ سلب ماهیّه الخیار مطلقاً مع ثبوت جمیع الخیارات إلّا واحداً منها مستهجن. فإذا کانت جمیع الروایات بصدد بیان ثبوت خیار خاصّ، و سلب الخاصّ بعد الغایه لا لأنّه المفهوم منها؛ ضروره أنّ المفهوم الاصطلاحی إنّما هو فیما إذا علّق السنخ علی الغایه لا الشخص لا یبقی ظهور لروایه الحلبی فی الإطلاق، و لا لبیان حکم آخر غیر ما فی سائر الروایات، فلا بدّ من حمله علی الوجوب الحیثی. و بعباره اخری: لو دار الأمر بین الحمل علی الوجوب الفعلی المطلق، و الالتزام بأنّها بصدد بیان أمر آخر غیر ما فی الروایات، و کذا الالتزام بخروج جمیع الخیارات علی کثرتها تقییداً، و بین الحمل علی الوجوب الحیثی، فالترجیح للثانی، بل لو لم یکن إلّا الإخراج الکثیر لکفی فی تعیّنه. و أمّا الروایات الأخیره، فمضافاً إلی ظهورها باعتبار قوله (علیه السّلام) استوجبها فی البیع بالصیغه، و إلی بعد اشتراء الأراضی و القری معاطاه، و تعارف البیع بالصیغه فیها، أنّها قضیّه شخصیّه، لا یعلم الحال فیها، فلا إطلاق لها یشمل المعاطاه، فتدبّر جیّداً. • کتاب البیع (تقریرات، للخرم آبادی)، ص۲۰۷: و أمّا بالنظر إلی روایات هذا الباب فنقول: روایات الباب علی أربعه أصناف: أوّلها: ما ذکر فیه الخیار و غایته؛ أعنی الافتراق، کقوله: «البیّعان بالخیار ما لم یفترقا» أو «حتّی یفترقا». و ثانیها: ما ذکر فیه ما بعد الغایه: «فإذا افترقا فلا خیار بعد الرضا منهما. و ثالثها: روایه الحلبی: «أیّما رجل اشتری من رجل بیعاً فهما بالخیار حتّی یفترقا، فإذا افترقا وجب البیع. و رابعها: الروایات الحاکیه لشراء الإمام علیه السلام أرضاً، و أنّه علیه السلام قال: «فلمّا استوجبتُها قمتُ فمشیتُ خطا؛ لیجب البیع حین افترقنا». [عدم دلاله أخبار الخیار علی لزوم المعاطاه] و البحث یقع فی صدرها تاره، و اخری فی ذیلها، و قد عرفت أنّ مبنی الاستدلال- علی فرض التمسّک بمفهوم الغایه- کون المراد من «الخیار» ماهیه الخیار و طبیعته، فیستفاد من تحدید هذه الماهیه بالافتراق لزوم البیع بعده؛ لسقوط الخیار، و المفروض ثبوت إطلاق قوله: «البیّعان بالخیار» فإنّ إطلاقه یقتضی ذلک. و لکن نقول: هل یمکن الإطلاق فیه؛ بأن یکون مفاده تحدید الخیار بحصول الافتراق فی جمیع البیوع و الحالات؛ سواء کان حیواناً، أو مغبوناً فیه، أو معیوباً، أو لم یر المبیع أصلًا، أو کان غیر ذلک من الفروض، ففی جمیع التقادیر و الحالات ترتفع ماهیه الخیار بعد الافتراق و تلزم المعامله؟ مع أنّا نری بالوجدان و الضروره خلاف ذلک، و لیس من الخیارات ما کان محدوداً بهذا الحد إلّا خیار واحد؛ و هو المسمّی ب «المجلس» عند الفقهاء. بل الظاهر عدم الإطلاق فی «الخیار» للزوم التقیید المستبشع و المستهجن؛ إذ لا معنی لتحدید الخیار- بماهیته و طبیعته- إلی حدّ الافتراق، و تقیّده بجمیع الخیارات و خروج تمامها منه إلّا خیار واحد؛ بحیث لا یبقی فی المحدود إلّا مصداق واحد، و هذا واضح. و علیه فلا إطلاق لقوله: «الخیار» و لا یشمل إلّا خیاراً واحداً؛ و هو المجلس، فکأنّه قال: «البیّعان لهما خیار المجلس حتّی یفترقا» و معلوم عدم دلاله ذلک علی لزوم المعامله بعد الافتراق حتّی یتمسّک به، فلا إطلاق له، خصوصاً مع ما فی بعض الروایات من قوله: «و صاحب الحیوان بالخیار ثلاثه أیّام» أو قوله «و صاحب الحیوان ثلاثه ...» فإنّ الظاهر- بل الصریح منه- أنّ المراد من الخیار فی المغیّا مصداق فارد، و فرد واحد. و یظهر من هذا حال القسم الثانی من الروایات؛ و هو ما ذکر فیه بعد الغایه قوله: «فإذا افترقا فلا خیار بعد الرضا منهما» فإنّ الظاهر أنّ الخیار المسلوب هنا هو الخیار المحدود بالافتراق، و لیس خیاراً آخر؛ لتفرّعه علی الافتراق الساقط لخیار المجلس، و هو ذکر لما فهم من الغایه. و أمّا القسم الثالث و هو ما قیل فیه: «فإذا افترقا وجب البیع» فنقول: ظاهر الروایه اتحاد موضوع المغیّا و ما ذکر بعد الغایه، فإذا کان المغیّا خیاراً واحداً فلا بدّ أن یکون المراد بوجوب البیع بعد حصول الغایه، وجوبه من هذه الجهه و الحیثیه، إذ لو کان له إطلاق من جمیع الجهات و الحیثیات، فلعلّه یلزم منه التقیید المستبشع أیضاً؛ فإنّ وجود الخیارات بعد الافتراق بکثرتها لا إشکال فیه. و بالجمله: ظاهر قوله: «فإذا افترقا وجب البیع» أنّه لیس بصدد بیان مطلب جدید و قاعده اخری، بل هو بیان للمفهوم المستفاد من باقی الروایات، کما ذکر فی بعض آخر منها بقوله: «فإذا افترقا فلا خیار بعد الرضا منهما» أعنی خیار المجلس، فهو بیان للمفهوم الذی یستفاد من الغایه، و لیس إلّا وجوبه من حیث الخیار الخاصّ لا

مطلقاً. مع أنّه على الإطلاق يلزم التقييد و خروج الأكثر منه، و هو بعيد فى الغايه، و مع عدم إطلاقه لا يبقى مجال للتمسّک به، كما لا يخفى. و الحاصل: أنّ الأمر دائر بين الإطلاق و التقييد المستبشع المستهجن عند العقلاء و العرف، و بين أن يكون الحكم فيها حيثياً و مقيّداً بالخيار المذكور فى المغيّا؛ أعنى المجلس، و لا ينبغى الريب فى أنّ الترجيح للثانى عند العقلاء و العرف، و لا إطلاق لها. و أمّا القسم الرابع ففيه أوّلًا: أنّ الظاهر من بيع الأرض و أمثالها، بيعها بالصيغه عاده، لا بالمعاطاه، بل تزيد أيضاً بالكتابه و غيرها، مثل الإشهاد، و المعاطاه ليست إلّا فى المعاملات المتداوله اليوميه. و ثانياً: أنّه قد ذكر فيه ما يدلّ على الإنشاء بالصيغه؛ و هو قوله: «فلمّا استوجبتها» فإنّ معنى الاستيجاب هو الإيجاب و القبول. و ثالثاً: أنّ هذه قضيه خارجيه لا إطلاق لها حتّى يتمسّک بها.

آن این که: «الْبَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ حَتَّى يَفْتَرِقَا» در مقام جعل طبیعت و مطلق خیار برای بیع نیست، بلکه در مقام جعل خیار خاص یعنی خیار مجلس می باشد و در نتیجه غایت هم برای خیار مجلس است و اصلاً نظر به سایر خیارات ندارد. روایت کأنّ این طور فرموده که: «متبایعان خیار مجلس دارند مادامی که در همان مجلسند، وقتی مجلسشان به هم خورد آن خیار مجلس ساقط می شود» لذا با تحقق غایت نمی توانیم بگوییم دیگر طبیعت خیار نیست؛ چه رسد به این که بگوییم جواز حکمی هم نیست؛ چون نامناسب است که منطوق اثبات خیار مجلس کند، ولی مفهوم نفی طبیعت خیار کند! علاوه آن که می دانیم غایت بقیه ی خیارات مانند خیار حیوان، خیار عیب، خیار شرط و ... افتراق نیست.

بنابراین مفهوم غایت و نیز تصریح به آن به صورت منطوق در ذیل، بیان می کند که با افتراق، وجوب حیثی برای بیع حاصل می شود؛ نه وجوب فعلی و

مطلق؛ یعنی از حیث خیار مجلس واجب و لازم می شود، امّا نسبت به حیث های دیگر [از جمله جواز حکمی] ساکت است. به تعبیر دیگر بـا تحقق غـایت، سـنخ خیار منتفی نمی شود تا ملازم با لزوم بیع باشـد، بلکه با تحقق غایت فقط خیار مجلس منتفی می شود.

لذا از این جهت نیز تمسّک به مفهوم غایت و نیز ذیل روایت برای اثبات لزوم معاطات درست نیست.

ملاحظاتی بر فرمایش امام قدس سره –

۱. در بررسـی فرمایش امام قـدس سـره – ابتدا باید به این مطلب رسیدگی کنیم که آیا حداقل ذیل روایت که می فرماید «فَإِذَا افْتَرَقَا وَجَبَ الْبَيْعُ» اطلاق دارد و مراد از وجوب، وجوب فعلی و از هر حیث است یا خیر؟ اگر فرمایش اخیر امام قدس سـره – را بپذیریم که «وجب البیع» یعنی فقط از حیث خیار مجلس وجوب دارد، [پاسخ به فرمایشات دیگر ایشان چندان فایده ای ندارد]، ولی اگر توانستیم وجوب و لزوم فعلی و از هر حیث را اثبات کنیم آن وقت نوبت به بررسی بقیه ی فرمایشات ایشان می رسد.

به نظر می رسد وجوبی که روایت بیان می کند وجوب از هر حیث و به تعبیر ایشان وجوب فعلی باشد؛ چراکه در صدر روایت که می فرمایـد «الْبَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ» طبیعت خیـار را برای متبایعـان جعل می کنـد؛ چون خیاری با خیار دیگر که تفاوت نـدارد؛ به اعتبار اختلاف سـبب، [فقهاء] خیار را به سببش اضافه کرده اند و الاّ خیار به معنای مِلك فسخ عقد است و ماهیت آن با ماهیت خیـار دیگر متفـاوت نیست، هر چنـد ممکن است به خـاطر اختلاـف اسـباب، احکـام متفـاوتی داشـته باشـند. پس روایت جعل خصوص خیار مجلس برای متبایعین نمی کند، بلکه طبیعت خیار را جعل می کند.

إن قلت: این که روایت غـایت خیـار را افتراق بیـان می کنـد کشف می شود مقصود مطلق خیـار نیست؛ چراکه غـایت خیارات متعدد دیگر غیر از خیار مجلس افتراق نیست و اگر خواسـته باشیم بقیه ی خیارات را به عنوان قید بر این روایت تحمیل کرده و استثناء بزنیم، همان طور که مرحوم امام قدس سره - فرمودند استهجان دارد.

قلت: این که جعل خیار برای چیزی دارای زمان و غایت باشـد موجب نمی شود حقیقت خیار متفاوت شـده و مقیّد به حصّه ی خاص شود، کما این که وقتی گفته می شود «کلّ شـی طاهر حتی تعرف أنه قذر» یا «کلّ شیء لک حلال حتّی تعرف أنه حرام بعینه» عرفان موجب تقیید طهارت و حلّیت نیست، [بلکه عرفان، غایت طبیعت طهارت و حلّیت است].

امّا این که افتراق، غایت سایر خیارات نیست، پس چرا روایت به صورت مطلق، نفی سـنخ خیار بعـد از افتراق می کنـد؟! نکته اش ایـن اسـت کـه این خیـار (مجلس) در هر بیعی وجـود دارد و هیـچ بیعی از آن مسـتثنی نیست به خلاـف خیـارات دیگر که گاهی پیـدا می شود، لـذا روایت به صورت ضـرب قاعده در همه ی بیوع(۱) می فرمایـد: متبایعان دارای خیارنـد و این خیار تا وقتی است که از هم جـدا نشـده انـد، وقتی که از هم جـدا شدنـد دیگر بیع لازم شـده و دیگر خیاری وجود نـدارد. بله اگر در شرائط خاصـی موضوع خیارات دیگر پدید آمد به صورت استثناء هم از حیث اصل و هم از حیث غایت از تحت روایت خارج می شود و این هیچ استهجانی ندارد.(۲) یعنی حتی اگر در روایت به این استثناء

۱- کما این که در بیع حیوان نیز به صورت ضرب قاعده تا سه روز خیار برای متبایعین قرار می دهد؛ چون این خیار در همه ی بیوع حیوان وجود دارد. (امیرخانی)

۲- علاـوه این که این خیـار، هم برای بـایع است و هم برای مشتری، به خلاـف خیارات دیگر که معمولاً فقط برای یکی وجود دارد و بیع نسبت به طرف مقابل لازم می باشد. (امیرخانی)

تصریح می شد که «البیعان بالخیار حتی یفترقا فإذا افترقا وجب البیع إلا بیعی که خیار عیب داشته باشد، خیار تدلیس داشته باشد، خیار رؤیت داشته باشد، خیار تأخیر داشته باشد و ...» هیچ استهجانی نداشت؛ چون مستثنی منه، بیع است؛ نه خیار، و بیوعی که اتفاق می افتد و این خیارات را ندارد بسیار است.

این نظیر آیه ی شریفه ی (أوفُوا بِالعُقُود) است که چون عقود زیاد بوده و انواع لازم آن فراوان است به صورت ضرب قاعده که إفاده ی اطلاق می کند بیان فرموده به عقود وفا کنید و این که نسبت به عقود متعدد جایز مانند هبه، شرکت، وکالت، مضاربه، عاریه و ... تخصیص خورده، هیچ گونه استهجانی ندارد.

پس نتیجه این شد که هم صدر روایت و هم ذیل اطلاق دارد و با افتراق متبایعان وجوب فعلی که حتی نفی سایر خیارات و به طریق أولی نفی جواز حکمی می کند برای بیع ثابت می شود. خصوصاً با توجه به این که عرف بما هو عرف، بیع را لازم می داند و نزد عرف اصلاً بیع جایز وجود ندارد و خیار هم نزد عرف محدود است. اگر بیعی محقق شد آن بیع نزد عرف قطعی است و اگر جایی جواز وجود داشته باشد باید به تصرف و اعتبار شارع باشد، کما این که مثل خیار مجلس را عرف در بیع قائل نیست. وقتی دو نفر با هم بیع انجام می دهند به خاطر عدم افتراقشان که ممکن است تا دو روز هم طول بکشد عقلاء برای آنان خیار قائل نیستند. پس «البیعان بالخیار حتی یفترقا» خیار شرعی است، لذا وقتی ذیل روایت یعنی «إذا افترقا وجب البیع» به عرف إلقاء می شود این معنا را إفاده می کند که همان وجوب و لزومی که عرف برای بیع قائل بود، شارع بعد از افتراق قائل است؛ یعنی بعد از افتراق، بیع از هر حیث حتی از حیث جواز حکمی واجب می باشد.

بنابراین از آن جا که بیع معاطاتی عرفاً مصداقی از مصادیق بیع است، به نظر

می رسد بتوان با این روایت مبارکه اثبات لزوم آن کرد و مشکلی ندارد.

۲. امّا این که مرحوم امام قدس سره - فرمودند بنابر فرض عدم امکان جعل خیار برای بیع جایز باید بگوییم «الْبَیِّعَانِ بِالْخِیَارِ حَتَّی یَفْتَرِقَا» تخصیص خورده که این تخصیص یا به صورت مخصّص متصل است که در این صورت تمسّک به عام برای اثبات لزوم معاطات، تمسّک به عام است در شبهه ی مصداقیه، و یا به صورت مخصّص منفصل است که در این صورت تمسّک به عام برای اثبات لزوم معاطات، تمسّک به عام است در شبهه ی مصداقیه ی مخصّص، می گوییم:

اگر تخصیصی در «الْبَیِّعَانِ بِالْخِیَارِ حَتَّی یَفْتَرِقَا» اتفاق افتاده باشد این تخصیص تحت عنوان «بیوع جایز» نیست تا موارد فوق لازم آید؛ زیرا این عنوان، عنوانی انتزاعی است و به این عنوان چیزی در لسان روایات نیامده است. اگر احتمال می دهیم چیزی خارج شده باشد به عنوان «بیع معاطاتی» است که آن هم چون مشکوک است(۱) مانعی از تمسّک به عام نیست. پس می توانیم هم به صدر روایت و هم به ذیل روایت برای اثبات لزوم بیع معاطاتی تمسک کنیم بدون آن که موارد فوق لازم آید.

نظیر این اشکالی که امام قدس سره - در تمسّک به «الْبَیِّعَانِ بِالْخِیَارِ حَتَّی یَفْتَرِقَا» فرمودند در تمسّک به آیه ی شریفه ی (أوفُوا بِالعُقُود) نیز جاری است؛ زیرا این کریمه قطعاً شامل عقود جایز نمی شود و نسبت به عقود جایز تخصیص خورده است. حال اگر این

۱- به عبارت دیگر اگر خروجی باشد، این خروج تحت عنوان «بیع جایز» بما هو این عنوان و به حمل اولی نیست تا موارد فوق لازم آید، بلکه مصادیق بیع جایز و به حمل شایع صناعی خارج شده است مانند بیع معاطاتی در صورتی که فی الواقع جایز باشد و از آن جا که نمی دانیم بیع معاطاتی از مصادیق بیع جایز است یا نه و عنوان «بیع جایز» هم خارج نشده، می توانیم به عموم «البیّعان بالخیار ما لم یفترقا» برای اثبات لزوم بیع معاطاتی تمسّک کنیم. (امیرخانی)

تخصیص به نحو مخصّص متّصل باشد تمسّک به کریمه برای اثبات لزوم عقدی مانند بیمه یا بیع معاطاتی که نمی دانیم جایز است یا لازم، تمسّک به عام در شبهه ی مصداقیه می شود و اگر این تخصیص به نحو مخصّص منفصل باشد تمسّک به کریمه برای اثبات لزوم، تمسّک به عام در شبهه ی مصداقیه ی مخصص می شود، و از این جهت هیچ فرقی با روایت «الْبَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ حَتَّى يَفْتَرِقَا» ندارد، در حالی که مرحوم امام خودشان به این کریمه برای اثبات لزوم عقود تمسّک می کنند!

حلّ این اشکال به این است که مخصّصی با عنوان «عقود جایز» [بما هو این عنوان و به نحو حمل اوّلی] در لسان روایات نیامده تا مانع تمسّک به عمومات شود. [آن چه خارج شده مصادیق عقود جایز و به نحو حمل شایع، مانند هبه، وکالت، مضاربه، شرکت، عاریه و ... می باشد] لذا در موردی مانند عقد بیمه یا بیع معاطاتی که شک در خروج داریم مانعی از تمسک به عام نیست. عنوان «عقود جایز» هم از آن جا که عنوانی انتزاعی بوده و در لسان روایات أخذ نشده نمی تواند مانع تمسّک به عام برای اثبات لزوم عقد باشد.

نظیر این جواب را قبلاً هم خدمت امام قدس سره - در بحث این که آیا می توان با تمسّک به عمومات، قابلیّات را اثبات کرد عرض کردیم. مرحوم امام آن جا نیز با روش خاصّی غیر از شبهه ی معروف فرمودند تمسّک به عمومات برای اثبات قابلیّات تمسّک به عام در شبهه ی مصداقیه است. این جا نیز نظیر همان جوابی که آن جا ذکر کردیم خدمت ایشان عرض می کنیم؛ خصوصاً با توجه به این که در ما نحن فیه نمی دانیم اصلاً بیع جایز در شرع وجود داشته باشد!

گاهی یک عنوان قطعاً مصادیقی دارد ولی نمی دانیم فرد خاصی، آیا از مصادیق آن عنوان است یا نه، ولی گاهی اصلاً نمی دانیم عنوانی مصداق داشته باشد، مانند عنوان «بیع جایز» که در عرف مصداقی ندارد و در شرع هم نمی دانیم

مصداق داشته باشد و اگر مصداق داشته باشد فقط بیع معاطاتی است. آن گاه عنوانی که نمی دانیم در شرع مصداق داشته باشد چگونه می تواند مانع تمسّک به عموم و اطلاق باشد؟! عرف چنین چیزی را نمی پذیرد. لذا ما می گوییم «وجب البیع» ظهور قویّ در لزوم بیع علی نحو فعلیت دارد، فقط نسبت به بعضی خیارات که قطعی است تخصیص خورده و نسبت به بقیه که مشکوک است حتی نسبت به جواز حکمی به وجوب خود باقی است.

مطالب دیگری نیز در کلام امام قدس سره - وجود دارد که قابل بررسی است، ولی چون بیش از این دیگر نیازی نیست صرف نظر می کنیم.

پس نتیجه این شد که به نظر ما دلالت صدر و ذیل روایت بر لزوم بیع معاطاتی تمام است.

۴. تمسّک به روایت «المؤمنون عند شروطهم»

اشاره

روایت دیگری که جناب شیخ(۱) - رحمه الله علیه - برای اثبات لزوم بیع معاطاتی به آن تمسّک فرمودند روایت معتبر «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»(۲) است؛ چون این روایت به این

۱- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص۵۶: و کذلک قوله صلّی اللّه علیه و آله و سلم: «المؤمنون عند شروطهم» ؛ فإنّ الشرط لغهً مطلق الالتزام، فیشمل ما کان بغیر اللفظ.

۲- وسائل الشیعه، ج ۲۱، کتاب النکاح، أبواب المهور، باب۲۰، ح۴، ص۲۷۶ و تهذیب الاحکام، ج۷، ص۳۷۱ وَ عَنْهُ [مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَسَنِ] عَنْ أَيُّوبَ بْنِ نُوحٍ عَنْ صَفْوَانَ بْنِ يَحْيَى عَنْ مَنْصُورٍ بُزُرْجَ عَنْ عَبْدٍ صَالِحٍ علیه السلام - قَالَ: قُلْتُ لَهُ: إِنَّ رَجُلًا مِنْ مَوَالِيكَ تَزَوَّجَ امْرَأَةً ثُمَّ طَلَّقَهَا فَبَانَتْ مِنْهُ فَأَرَادَ أَنْ يُرَاجِعَهَا فَأَبَتْ عَلَيْهِ إِلَّا أَنْ يَجْعَلَ لِلَّهِ عَلَيْهِ أَنْ لَا يُطَلِّقَهَا وَ لَا يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا فَأَعْطَاهَا ذَلِكَ ثُمَّ بَدَا لَهُ فِي التَّزْوِيجِ بَعْدَ ذَلِكَ فَكَيْفَ يَصْنَعُ؟ فَقَالَ: بِئْسَ مَا صَنَعَ وَ مَا كَانَ يُدْرِيهِ مَا يَقَعُ فِي قَلْبِهِ بِاللَّيْلِ وَ النَّهَارِ قُلْ لَهُ فَلْيَفِ لِلْمَرْأَهِ بِشَرْطِهَا فَإِنَّ رَسُولَ اللَّهِ۹ قَالَ: الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ. وَ رَوَاهُ الْكُلَيْنِيُّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ بْنِ بَزِيعٍ عَنْ مَنْصُورٍ بُزُرْجَ نَحْوَهُ.

معناست که مؤمن ملتزم به شرطش است و نمی تواند از آن رفع ید کند. «بیع معاطاتی» نیز از جمله ی این شروط است؛ چراکه شرط در لغت به معنای مطلق التزام است؛ چه التزام ابتدایی باشد و چه التزام در ضمن التزام دیگر و چه دال بر التزام لفظ باشد و چه فعل. کسی که بیع معاطاتی انجام می دهد در واقع با إعطاء ثمن یا مثمن ملتزم می شود که آن، مِلک آخذ می شود و «المؤمنون عند شروطهم» می فرماید این التزام قطعی است و راه برون رفتی از آن وجود ندارد و این همان معنای لزوم بیع معاطاتی است.

نقد کلام شیخ قدس سره – در تمسّک به این روایت

گرچه کلام جناب شیخ قدس سره - از لحاظ کبروی صحیح است، ولی این که از لحاظ صغروی فرمودند شرط در لغت به معنای مطلق التزام است ادعای عجیبی است! در هیچ یک از کتب لغت از کتاب العین(۱) الخلیل گرفته تا المحیط فی اللغه(۲) صاحب بن عَبّاد تا لسان العرب(۳)، المصباح المنیر(۴)، [القاموس المحیط](۵) و ... شرط به معنای

۱- العین، ج ۶، ص۲۳۴: الشَّرْط: معروف فی البیع، و الفعل: شارَطَه فشَرَطَ له علی کذا و کذا، یَشْرِط له. و الشَّرْط: بَزْغ الحجّام بالمِشْرَط، و الفعل: شَرَطَ یَشْرُط (یَشْرِط). و البزغ: الشَّرْط الضعیف ... .

۲- المحیط فی اللغه، ج ۷، ص۲۹۱: الشَّرْطُ فی البَیْعِ: مَعْرُوفٌ، شَرَطَ یَشْرُطُ و یَشْرِطُ. و بَزْغُ الحَجّامِ و نَحْوِه؛ یَشْرِطُه بالمِشْرَطِ؛ و یَشْرُطُه أیضاً.

۳- لسان العرب، ج ۷، ص۳۲۹: الشَّرْطُ: معروف، و کذلک الشَّریطهُ، و الجمع شُروط و شَرائطُ. و الشَّرْطُ: إِلزامُ الشی ء و التِزامُه فی البیعِ و نحوه، و الجمع شُروط.

۴- المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، ج ۱، ص۳۰۹: شَرَطَ: الْحَاجِمُ (شَرْطاً) مِنْ بَابَیْ ضَرَبَ وَ قَتَلَ الْوَاحِدَهُ (شَرْطَهٌ) و (شَرَطْتُ) عَلَیْهِ کَذَا (شَرْطاً) أَیْضاً و (اشْتَرَطْتُ) عَلَیْهِ و جَمْعُ (الشَّرْطِ) (شُرُوطٌ) مِثْلُ فَلْس و فُلُوس. و الشَّرَطُ بِفَتْحَتَیْنِ الْعَلَامَهُ و الْجَمْعُ (أَشْرَاطٌ) مِثْلُ سَبَبِ و أَسْبَابِ و مِنْهُ (أَشْرَاطُ) السَّاعَهِ. و (الشُّرْطَهُ) وِزَانُ غُرْفَهٍ و فَتْحُ الرَّاءِ مِثَالُ رُطْبَهٍ لُغَهٌ قَلِیلَهٌ. و صَاحِبُ (الشُّرْطَهِ) یَعْنِی الْحَاکِمَ و (الشُّرْطَهُ) بالسُّکُونِ و الْفَتْحِ أَیْضاً الْجُنْدُ و الْجَمْعُ (شُرَطٌ) مِثْلُ رُطَبٍ و (الشُّرَطُ) عَلى لَفْظِ الْجَمْعِ أَعْوَانُ السُّلْطَانِ لِأَنَّهُمْ جَعَلُوا لِأَنْفُسِهِمْ عَلَامَاتٍ یُعْرَفُونَ بِهَا لِلْأَعْدَاءِ الْوَاحِدَهُ (شُرْطَهٌ) مِثْلُ غُرَفٍ جَمْع غُرْفَهٍ وَ إِذَا نُسِبَ إِلَى هذَا قِیلَ (شُرْطِیٌّ) بالسُّکُونِ رَدًّا إِلَى وَاحِدِهِ و (شَرَطُ) الْمِعْزَى بِفَتْحَتَیْنِ رُذَالُهَا قَالَ بَعْضُهُمْ وَ اشْتِقَاقُ (الشُّرَطِ) مِنْ هذَا لِأَنَّهُمْ رُذَالٌ و (الشَّرِیطُ) خَیْطٌ أَوْ حَبْلٌ یُفْتَلُ مِنْ خُوصٍ و (الشَّرِیطَهُ) فِی مَعْنَى (الشَّرْطِ) و جَمْعُهَا (شَرَائِطُ).

۵- القاموس المحیط، ج ۲، ص۵۵۹: الشَّرْطُ: إلزامُ الشی ءِ، و التِزَامُهُ فی البیعِ و نحوِه.

مطلق التزام ذکر نشده است. بلکه [گفته اند] شرط «التزامٌ فی التزام»؛ التزامی در التزام است یا «التزام مرتبطٌ بالتزامٍ آخر»؛ التزامی است که به نوعی مرتبط به التزام دیگر است. پس شرط بر التزام ابتدایی اطلاق نمی شود و فرضاً اگر در جایی بر التزام ابتدایی هم اطلاق شده باشد می تواند مجاز باشد؛ لأنّ الاستعمال أعم من الحقیقه و المجاز، و لاأقل این است که شرط به این معنا مشکوک است، لذا نمی توان برای اثبات لزوم بیع معاطاتی به این روایت شریفه تمسّک کرد.

۵. تمسّک به کریمه ی (لَا تَأْکُلُواْ أَمْوَالَکُم بَیْنَکُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَن تَکُونَ تجِارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنکُم)

اشاره

جناب شیخ برای اثبات لزوم بیع معاطاتی، هم به عقد مستثنای این کریمه؛ یعنی (إِلَّا أَن تَکُونَ تجِاَرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنکُم) تمسّک می کنند و هم به عقد مستثنی منه؛ یعنی (لَا تَأْکُلُواْ أَمْوَالَکُم بَیْنَکُم بِالْبَاطِلِ).

استدلال به عقد مستثنی (إِلَّا أَن تَکُونَ تجِارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنکُم)

مرحوم شیخ نحوه ی استدلال به عقد مستثنای کریمه را این طور می فرماید(۱):

۱- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص۵۴: و یمکن الاستدلال أیضاً بقوله تعالی (لا تَأْکُلُوا أَمْوالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْباطِلِ إِلّا أَنْ تَکُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ) و لا ریب أنّ الرجوع لیست تجاره، و لا عن تراضٍ، فلا یجوز أکل المال.

این که مالک اصلی با رجوع، مالی را که ملک آخذ به معاطات شده، دوباره به ملک خود برگرداند و در آن تصرف کند نه مصداق «تجاره» است و نه «عن تراض». بنابراین رجوع، خارج از حصر مستفاد از مستثنی است؛ چراکه کریمه تنها راه أکل و تصاحب مال دیگران را منحصر در طریق «تِجاٰرَةً عَن تَرَاضٍ» کرده است. پس معلوم می شود با رجوع مالک اصلی، مال از ملک آخذ خارج نمی شود و این همان معنای لزوم بیع معاطاتی است.

عدم جریان توهّم مذکور در تمسّک به روایت «الناس مسلطون علی أموالهم»

شبهه ای قبلاً در تمسّک به روایت «الناس مسلطون علی أموالهم» و نیز «لا یحل مال امرئ مسلم إلا بطیب نفس منه» برای اثبات لزوم معاطات و عدم نفوذ رجوع مالک اصلی مطرح شده بود و شیخ به آن پاسخ دادند مبنی بر این که با رجوع مالک اوّل، اصلاً نمی دانیم ملکیّت آخذ باقی باشد تا آخذ بر آن سلطنت داشته باشد و تصرف مالک اصلی در آن تصرف در مال غیر باشد، لذا با رجوع مالک اصلی نمی دانیم موضوع این دو روایت باقی باشد. بنابراین به این دو روایت نمی توان تمسّک کرد و لزوم معاطات و عدم نفوذ رجوع را اثبات کرد؛ چون تمسّک به عام در شبهه ی مصداقیّه می شود؛ چراکه ممکن است رجوع، مبدّل موضوع دو روایت باشد.

شیخ - رحمه الله علیه - می فرماید(۱): توهّم مذکور، دیگر در تمسّک به کریمه ی (لَا تَأْكُلُوا

۱- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص۵۵: و التوهّم المتقدّم فی السابق [غیر] * جارٍ هنا؛ لأنّ حصر مجوّز أکل المال فی التجاره إنّما یراد به أکله علی أن یکون ملکاً للآکل لا ـ لغیره. * لم ترد لفظه «غیر» فی النسخ، و وردت فی هامش بعض النسخ استظهاراً. ● هدایه الطالب إلی أسرار المکاسب، ج ۲، ص ۱۷۰: أقول الظّاهر سقوط لفظه غیر من العباره قبل لفظه جار لأنّ ما ذکر من التّعلیل بقوله لأنّ حصر إلی آخره یناسب أن یکون علّه لعدم الجریان لا للجریان.

أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ) مطرح نمی شود تا احتیاج به دفع داشته باشد؛ چون کریمه می فرماید: در مال دیگری تصرّف به عنوان مالک نکنید؛ یعنی کاری نکنید که مال مردم را به عنوان ملک خودتان تلقی کنید و در آن تصرف کنید؛ [مگر این که تصرف به عنوان مالک، از طریق تجاره عن تراض باشد؛ لذا موضوع در ما نحن فیه که مالک اصلی با رجوع نه از طریق تجارت می خواهد ملک آخذ را مالک شود و در آن تصرّف کند محرز است.] بنابراین شبهه ی مذکور در این جا جاری نیست.(۱)

۱- نهج الفقاهه، ص۴۷: یعنی لو کان المراد بالآیه تحریم أکل مال الغیر علی أنه مال الغیر إلا إذا کان بنحو التجاره أمکن مجیء التوهم السابق فیقال بالرجوع لم یعلم أنه مال الغیر بل یحتمل کونه مال الآکل، فیحتاج الی الجواب عنه بما سبق. أما لو کان المراد حصر مجوّز الأکل لمال الغیر بما انه مال الآکل کما هو مقتضی مفهوم التجاره بخصوص التجاره عن تراض فمع عدم صدق التجاره عن تراض علی الرجوع یحرم الأکل و لو بعنوان کونه مال الآکل، فمفاد الآیه: أنه لا یجوز للإنسان أن یأکل ما لا علی أنه ماله و هو مال لغیره إلا إذا کان بسبب التجاره عن تراض، فهذه الآیه الشریفه نص فی المورد بخلاف الآیه الأولی فإنها تشمل المورد بإطلاقها و لذا ورد التوهم المتقدم فاحتیج الی رفعه بالإطلاق. • حاشیه المکاسب (للیزدی)، ج ۱، ص۷۴: ... إنّ التوهّم لا یجری فی المقام حتّی یحتاج إلی الدّفع و ذلک لأنّ المراد من الآیه أنّه لا یجوز الأکل و التصرّف فی أموال النّاس إلّا بعنوان التجاره یعنی إلّا إذا کان هناک تملّک بعنوان التّجاره فلا موقع لأن یقال إنّه بعد الرّجوع مشکوک فی أنّه مال الغیر أم لا و ذلک لأنّه یکفی کونه مال الغیر من الأوّل فتدبّر. • إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۲، ص۵۹: وجه عدم الجریان انه کان التوهم مبنیا علی ان إثبات عدم الحل لتصرفات الفاسخ فی المال الذی بید الآخر الملازم لبطلان فسخه من التمسک بالعام فی شبهته المصداقیه حیث لا یحرز ان تصرفاته فیه بعد فسخه تصرف فی مال الغیر حتی لا یحل و کذا الحال فی سلطنه من أخذ المال بالمعاطاه فإنها و ان تلازم بطلان فسخ الآخر الا ان إثبات هذه السلطنه بعد فسخ الآخر بقوله صلّی اللّه علیه و آله الناس مسلطون علی أموالهم من التمسک بالعام فی شبهته المصداقیه حیث لا یعلم بعد الفسخ انه ماله حتی یثبت له سلطنه التصرف فیه. و الحاصل مبنی التوهم هو ان بطلان الفسخ مدلول التزامی للروایتین و متفرع علی جواز التمسک بالعام فی شبهته المصداقیه و هذا بخلاف الآیه فان المراد بالأکل فیها تملک المال فیکون متعلقه مال الغیر لو لا التملک و هذا العنوان ینطبق علی نفس الفسخ فیکون بطلانه داخلا فی المدلول المطابقی لها کما لا یخفی. • بلغه الطالب فی التعلیق علی بیع المکاسب (للگلپایگانی)، ص۱۰۸: و غرضه قدس سره - ان الشبهه المذکوره حول دلاله «الناس مسلطون علی أموالهم» غیر جاریه هنا، لان الحکم هنا لیس الا النهی عن تملک مال الغیر الا بالتجاره عن تراض، و الرجوع لیس من مصادیق التجاره عن تراض. • مصباح الفقاهه، ج ۲، ص۱۴۰: و من هنا أتضح لک جلیا أن التوهم المتقدم فی التکلم علی الروایتین- و هما دلیل السلطنه. و دلیل حرمه التصرف فی أموال الناس غیر جار فی المقام لکی نحتاج الی جوابه، لأن المستفاد من الآیه- کما عرفته- إنما هو حصر تملک أموال الناس- علی الوجه الشرعی- فی التجاره عن تراض. و أن غیر ذلک یعد من الأسباب الباطله. و إذن فلا یبقی مجال لتوهم أن کون المأخوذ بالمعاطاه مال الآخذ بعد رجوع المالک الأول إلیه أول الکلام. و هذا واضح لا خفاء فیه.

استدلال به عقد مستثنی منه (لَا تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ)

مرحوم شیخ نحوه ی استدلال به عقد مستثنی منه کریمه؛ یعنی (لَا تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ) برای اثبات لزوم ملکیت حاصل از معاطات و عدم نفوذ رجوع مالک اصلی را این طور می فرماید(۱): أکل مال آخذِ به معاطات و نقل آن از ملک آخذ بدون رضایت وی، أکل و تصرّف باطل است عرفاً؛ یعنی این که مالک

۱- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص۵۵: و یمکن التمسّک أیضاً بالجمله المستثنی منها؛ حیث إنّ أکل المال و نقله عن مالکه بغیر رضا المالک، أکل و تصرّف بالباطل عرفاً. نعم، بعد إذن المالک الحقیقی و هو الشارع و حکمه بالتسلّط علی فسخ المعامله من دون رضا المالک یخرج عن البطلان؛ و لذا کان أکل المارّه من الثمره الممرور بها أکلًا بالباطل لولا إذن المالک الحقیقی، و کذا الأخذ بالشفعه، و الفسخ بالخیار، و غیر ذلک من الأسباب القهریّه.

اصلی با رجوع بخواهد مالی را که به معاطات به آخذ داده و ملک وی شده را دوباره به ملک خود برگرداند، این رجوع یک امر باطلی است عرفاً و اطلاق (لَا تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ) شامل آن می شود. بنابراین بخش مستثنی منه کریمه نیز دالّ بر عدم نفوذ رجوع و در نتیجه لزوم ملکیت حاصل از معاطات می باشد.

مرحوم شیخ سپس دفع دخل مقدر می کنند و می فرمایند: در مواردی با این که عرف بما هو عرف رجوع، فسخ، تصرف و أکل را باطل می داند ولی شارع به آن إذن داده است. این نکته اش آن است که وقتی شارع که مالک حقیقی همه چیز از جمله مالکِ مالک و مملوک است اذن در تصرف دهد این دیگر از بطلان خارج می شود. به همین خاطر أکل مارّه که لولا اذن مالک حقیقی باطل بود، با اذن مالک حقیقی دیگر از بطلان خارج می شود. همین طور است أخذ به شفعه یا فسخ به خیار که عقلاء بین خودشان قائل نیستند ولی شارع پذیرفته است. یا مثال های دیگر مانند أکل از بیوت أمّهات، یا تصرّف به أکل زن از مال شوهر در خانه، یا بالعکس و ... که لولا اذن شارع باطل بود ولی با اذن شارع از بطلان خارج شده است.

اشکال سید خویی قدس سره – بر استدلال به عقد مستثنی منه کریمه

سید خویی – رحمه الله علیه – بر استدلال به عقد مستثنی منه کریمه یعنی (لَا تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ) برای اثبات مدعای شیخ یعنی لزوم معاطات اشکال کرده و فرموده است(۱): تمسّک به آیه ی شریفه برای اثبات مدعای شیخ آن وقتی صحیح

۱- مصباح الفقاهه، ج ۲، ص۱۴۱: و یرد علیه: أن هذا الاستدلال مبنی علی أن یکون المراد من الباطل هو الباطل العرفی لکی یکون ذلک أمرا معلوما فی نظر أهل العرف و متمیزا عن السبب الصحیح. و أما لو أرید منه الباطل الواقعی– کما هو الظاهر لأن الألفاظ موضوعه للمفاهیم الواقعیه– أو احتملت إراده ذلک من کلمه الباطل فی الآیه فلا یمکن الاستدلال بها علی المقصود، لأنا نحتمل احتمالا عقلائیا أن یکون الفسخ من الأسباب الصحیحه للأکل لا من الأباطیل الواقعیه. و علیه فیکون التمسک بالآیه فی المقام من قبیل التمسک بالعام فی الشبهات المصداقیه. و هذا ظاهر. • محاضرات فی الفقه الجعفری، ج۲، ص۷۴: التمسک بصدر الآیه مبنی علی أن یراد من الباطل الباطل العرفی، و هو فاسد، فإن الباطل کسائر الالفاظ موضوع للباطل الواقعی فی قبال الحق الثابت، فهو عباره اخری عن الإثم کما فی قوله سبحانه: (لتأکلوا فریقاً من أموال الناس بالإثم) و اختلاف الشرع و العرف کما فی حق المارّه و الشفعه مثلاً یکون من الاختلاف فی المصادیق، و علیه فإذا شک فی مورد أنه من الباطل أو الحق کما فی الرجوع بعد المعاطاه لا یمکن الرجوع إلی عموم الآیه إلا بعد إجراء الاستصحاب فیرجع إلی الوجه الاول.

است که مقصود از باطل، باطل عرفی باشد تا بگوییم چون أکل مال به رجوع عرفاً باطل است، پس کریمه دالّ بر عدم نفوذ آن است، در حالی که مقصود از باطل در این جا باطل عرفی نیست، بلکه باطل واقعی است و آن چه که در واقع باطل باشد؛ زیرا الفاظ برای مفاهیم واقعی وضع شده است. بنابراین استدلال به کریمه تمام نیست، بلکه حتی اگر احتمال دهیم که مقصود از باطل، باطل واقعی است استدلال به کریمه تمام نیست؛ چون تمسّک به عام است در شبهه ی مصداقیه؛ چراکه احتمال می دهیم أکل مال به رجوع، در واقع أکل مال به باطل نباشد.

نقد کلام سید خویی قدس سره –

خدمت سید خویی قدس سره – عرض می کنیم: این که فرمودید الفاظ بر معانی واقعی حمل می شود مقصودتان از واقعی چیست؟ اگر مرادتان این است که عرف در تعیین مفهوم هیچ دخیل نیست می گوییم: مفهوم الفاظ، هم در مفردات و هم در ترکیبات از عرف گرفته می شود؛ مثلاً وقتی گفته می شود «أکرم العالم» این که مراد از «عالم» چیست مرجعی جز عرف ندارد. بله ممکن است بعضی مصادیق آن بر عرف پوشیده باشد، ولی جاهایی که عرف عالم را تشخیص می دهد دیگر حکم بر آن مترتب می شود و همان مصداق واقعی است.

در این جا نیز عرف معنای باطل را می فهمد(۱) و مرجعی غیر از عرف در تشخیص معنای آن وجود ندارد؛ چون شارع که جعل اصطلاح خاص نکرده، بلکه در همان معنای مألوف و معروف بین مردم به کار برده است.(۲) بله! ممکن است عرف مصادیقی را باطل بداند ولی شارع با حکومت یا تخصیص آن را از بطلان خارج کند.

۱- به همین خاطر وقتی از ائمه- علیهم السلام - درباره ی بعضی از مصادیق باطل مانند غناء سؤال می شد ائمه- علیهم السلام - آنان را به ارتکازشان رجوع می دادند و می فرمودند: إِذَا مَیَّزَ اللّهُ بَیْنَ الْحَقِّ وَالْبَاطِلِ، فَأَینَ یقع الْغِنَاءُ؟ • الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص۴۳۵: عِدَّهٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِیَادٍ عَنْ عَلِیِّ بْنِ الرَّیَّانِ عَنْ یُونُسَ قَالَ: سَأَلْتُ الْخُرَاسَانِیَّ علیه السلام - وَ قُلْتُ إِنَّ الْعَبَّاسِیَّ ذَکَرَ أَنَّکَ تُرَخِّصُ فِی الْغِنَاءِ فَقَالَ کَذَبَ الزِّنْدِیقُ مَا هَکَذَا قُلْتُ لَهُ. سَأَلَنِی عَنِ الْغِنَاءِ فَقُلْتُ لَهُ إِنَّ رَجُلًا أَتَی أَبَا جَعْفَرٍ٨ فَسَأَلَهُ عَنِ الْغِنَاءِ فَقَالَ: یَا فُلَانُ إِذَا مَیَّزَ اللَّهُ بَیْنَ الْحَقِ وَ الْبَاطِلِ فَأَنَّی یَکُونُ الْغِنَاءُ؟ فَقَالَ: مَعَ الْبَاطِلِ فَقَالَ: قَدْ حَکَمْتَ.

۲- درست است که شارع، باطل را در همان معنای عرفی معروف و مألوف به کار برده و جعل اصطلاح خاص نکرده است، ولی کلام سید خویی قدس سره - ناظر به مفهوم نیست تا این اشکال وارد شود، بلکه اشکال سید خویی قدس سره - ناظر به حکم عرف است در این که فردی را مصداق باطل که مفهومش نزد عرف روشن است قرار می دهد و حکم عرف در این که فردی مصداق باطل باشد مرجع نیست فقط در تشخیص مفهوم حجت است بلکه باید دید ملاکات باطل چیست و آیا واقعاً آن ملاکات در فردی وجود دارد تا آن را مصداق باطل قرار دهد یا وجود ندارد. به همین خاطر سید خویی می فرماید: اختلاف شرع و عرف در مثل حق مارّه و حق شفعه، از موارد اختلاف در مصداق است؛ نه اختلاف در مفهوم. لذا می گوییم اگر در مصداقی شک کنیم آیا ملاکات بطلان را دارد تا تحت باطل قرار گیرد یا ندارد، نمی توان به عموم یا اطلاق تمسک کرد؛ چون تمسک به عام در شبهه ی مصداقیه می شود و صِرف این که عرف و عقلاء مصداقی را به هر دلیل باطل بدانند نمی تواند مرجع باشد. در سایر مفاهیم نیز این گونه است. به عنوان مثال مفهوم «پزشک متخصص قلب» که نزد عرف روشن است، کسی مصداق آن است که واقعاً ملاکات پزشک متخصص قلب را داشته باشد؛ نه هر کسی که عرف بگوید این فرد پزشک متخصص قلب است و ممکن است فردا عکس آن را بگوید. (امیرخانی)

البته آیه ی شریفه آبی از تخصیص است؛ زیرا عرفاً مستهجن است که گفته شود: اموالتان را به باطل نخورید الا فلان باطل! پس اگر خروجی باشد به نحو حکومت یا شبه حکومت است که شارع عرف را در این که آن را مصداق باطل می بیند تخطئه می کند.

پس شکی نیست عرف، رجوع در معاطات را سببی باطل و أکل مال به رجوع را أکل مال به باطل می داند، فقط شک می کنیم آیا شارع با حکومت آن را از بطلان خارج کرده یا نه که این مانع از تمسّک به اطلاق نمی باشد. کما این که اگر شک کنیم آیا ربا بین والد و ولد حرمت دارد یا نه، شکی نیست که می توان به اطلاق (حَرَّمَ الرِّبا) تمسّک کرد، در حالی که این کریمه نیز حرام واقعی و ربای واقعی را بیان می فرماید. پس این که آیه ی شریفه باطل واقعی را بیان می کند مانع از تمسّک به اطلاق نیست.

اشکال امام قدس سره – بر استدلال به عقد مستثنی منه کریمه

علاوه بر سید خویی – رحمه الله علیه – ، السید الامام اعلی الله مقامه نیز قدری وسیع تر و سنگین تر وارد این مبحث شده و استدلال شیخ را به این آیه ی مبارکه مورد مناقشه قرار می دهند.(۱)

۱- کتاب البیع (للإمام الخمینی)، ج ۱، ص۱۷۱: ثمّ إنّ تنفیذ الشارع ما هو باطل لدی العقلاء، إن کان من قبیل التخصیص مع حفظ الموضوع، فلا شبهه فی جواز التمسّک بالآیه مع احتمال ورود المخصّص. کما لا شبهه فی عدم جوازه لو کان حکم العقلاء بالبطلان و اللغویه معلّقاً علی عدم ورود التنفیذ و الإجازه من الشارع الأقدس المالک للمال و المالک، إذا کان هذا الحکم کالقید الحافّ بالکلام، و وجهه واضح. و أمّا لو کان من التعلیقات النظریّه التی بحکم المنفصلات، فیقع الکلام فی أنّ المقام من قبیل ما قلنا فی دلیل السلطنه بأنّ التعلیق لمّا کان غیر حافّ بالکلام، یصحّ التمسّک بالمطلق؛ لدفع شبهه إعماله تعالی السلطنه أم لا یکون من هذا القبیل، بل لا یصحّ التمسّک به مطلقاً؟ الأقوی هو الثانی؛ للفرق بین دلیل السلطنه و بین المقام، لأنّ التعلیق هناک فی الحکم مع حفظ الموضوع، فمع احتمال ورود مزاحم أقوی للسلطنه یتمسّک بإطلاقه کما مرّ، و أمّا فی المقام فیکون التعلیق فی موضوع الحکم؛ لأنّ المفروض أنّه مع ورود دلیل من الشارع یخرج الباطل عن کونه باطلًا، فهو من قیود موضوع الحکم، فیکون التمسّک بها نظیر التمسّک فی الشبهه المصداقیّه للعامّ. ثمّ إنّ الظاهر عدم کون الإخراج من قبیل التخصیص؛ لأنّ الآیه آبیه عن التخصیص الحکمی، فمن المستهجن عرفاً أن یقال: «لا تأکلوا ما حصل بالباطل إلّا هذا الباطل» فلا یحتمل تجویز الباطل تخصیصاً. مضافاً إلی أنّ حکم العقلاء فی مثل المقام أی فی نحو الفسخ بالبطلان و عدم التأثیر معلّق علی عدم ورود التنفیذ من المالک الحقیقی، و بعد وروده لا یرون الفسخ لغواً و بلا أثر. و المراد بالعقلاء هم الخاضعون للّه تعالی، و الذین یرونه مالکاً حقیقیّا، له التصرّف فی الأموال و النفوس، فیکون المحیط محیط التوحید، لا الإلحاد و عدم الاعتناء بالمبادی. و لو شککنا فی أنّ المقام من قبیل التخصیص، أو رفع الموضوع، لا یصحّ التمسّک بها أیضاً؛ بعین ما ذکر. • کتاب البیع (تقریرات، للخرم آبادی)، ص۱۹۱: هنا مطلب: و هو أنّ موارد خروج بعض الأسباب الباطله عند العرف عن الباطل عند الشارع- مثل حقّ الشفعه، و حقّ الخیار، و المارّه، و نحوها؛ ممّا یکون باطلًا عرفاً مع قطع النظر عن حکم الشارع بجوازه- إن کان

بالتخصيص بأن كان باطلًا و مع ذلک أخرجه الشارع عن حکم البطلان و هو عدم النفوذ، فجعله نافذاً مع حفظ موضوع الباطل، فلا إشکال فی التمسّک بالآیه فیما نحن فیه؛ إذ احتمال التخصیص بخروج الفسخ هنا أیضاً عن حکم الباطل، لا یخلّ بالتمسّک بالعامّ. لکن هذا مستهجن عرفاً؛ إذ لا یقبل الطبع بقاء الباطل علی بطلانه، و مع ذلک جوّزه الشارع، و أنفذه، و رخّص فی ارتکاب هذا الباطل الخاصّ، فلا بدّ من أن یکون خروج هذه الموارد علی نحو التخصّص، نظیر ما قلنا فی السلطنه؛ بمعنی أنّ بطلان السبب عند العرف هو ما دام لم ینفذه الشارع، و أمّا إذا أنفذه فلیس باطلًا حینئذٍ عندهم، فحقّ المارّه مثلًا و الخیار و الشفعه، باطل قبل جعل الشارع تلک الحقوق، و أمّا إذا جعل من یملک السماوات و الأرضین حقّاً فی تلک الموارد، فلا یراه العرف باطلًا، نظیر السلطنه، و حینئذٍ إن کان ذلک القید و التعلیق فی بطلان الأسباب ظاهراً عند العرف- بحیث صار مثل القرائن المحفوفه بالکلام- فلا یجوز التمسّک بعموم القی علیهم فی المنع عن نفوذ الأسباب الباطله؛ لأنّه القی علیهم مقیّداً، و یصیر الشکّ فی المصداق؛ إذ یحتمل أن یکون من مصادیق المخرج من العامّ. و إن لم یکن بهذه المثابه، بل بمعونه النظر و التأمّل یراه العرف مقیّداً، کما هو الحقّ و قلنا به فی دلیل السلطنه، فلا إشکال فی التمسّک بالعامّ؛ لعدم قید فیه. و بالجمله: قد یکون التقیّد اللبّی- أعنی ما عند العقلاء و العرف من القید- من الظهور بحیث صار مثل القید المتّصل بالکلام الذی یمنع من انعقاد الظهور ابتداءً، و قد لا یکون کذلک، بل کان بمثابه القید المنفصل عن الکلام الذی لا یمنع من انعقاد الظهور اللفظی أوّلًا، و ما نحن فیه من قبیل الثانی، فلا مانع من التمسّک بظهور العامّ. و مع هذا فبین الآیه و دلیل السلطنه فرق: و هو أنّ الموضوع فی دلیل السلطنه محفوظ؛ و هو المال، و التعلیق فی حکم السلطنه، و فی الآیه موضوع الحکم أکل المال من سبب باطل؛ إذ الحرمه قد تعلّقت بهذا المرکّب، و متی شکّ فی کلّ من أجزائه تصیر الشبهه مصداقیه لا یجوز التمسّک بعموم الحکم فیها، فلو کان المال مشکوکاً أو الأکل مشکوکاً فی مورد، لا یصحّ التمسّک بالآیه فیه، و فیما نحن بصدد إثباته- أعنی بطلان فسخ المالک- کان البطلان مشکوکاً؛ إذ نحتمل عدم بطلانه، لإخراجه شرعاً من الباطل. و قد عرفت أنّ الباطل عند العرف مقیّد بعدم نفوذه شرعاً، و حینئذٍ الآیه تفید عدم جواز الأکل من الأموال الحاصله من الأسباب الباطله عند العرف. و نحن نشکّ فی بطلان هذا السبب- أعنی الفسخ- عند العرف و عدمه، و مع الشکّ یکون التمسّک بالآیه فی بطلانه شرعاً و عدم نفوذه، تمسّکاً بالعامّ فی المصداق المشتبه؛ إذ قد عرفت أنّ الشکّ یرجع إلی أنّ هذا السبب هل یکون من الأسباب الباطله أم لا؟ و هو شکّ فی تحقّق موضوع الحکم فی الآیه، فلا یتمسّک. و أمّا فی دلیل السلطنه فحیث کان الموضوع- أعنی المال- محفوظاً، و احتمال التعلیق و التقیّد لیس فی الموضوع، بل فی الحکم، فلا مانع من التمسّک بعمومه لدفع الاحتمال، و أمّا هنا فالتقیّد المحتمل- أعنی خروج السبب عن الباطل- یکون فی الموضوع؛ و هو أکل المال بالباطل، فتصیر الشبهه مصداقیه. و هذا الإیراد جارٍ علی کلا الاحتمالین، و علیه فلا مجال للتمسّک بجمله المستثنی منه فی لغویه الفسخ و عدم نفوذه إلّا علی تقدیر التخصیص، و هو بعید غایه البعد.

ایشـان در مورد کلاـم جنـاب شـیخ - رحمه الله علیه - که فرمود «اگر چیزی عرفـاً باطل باشـد بعـد از اذن شارع دیگر از بطلان خارج می شود» توجه می دهنـد که خروج از تحت آیه بعد از اذن شارع، به تخصـیص نیست، به مثل حکومت هم نیست، بلکه به تخصّص است.

این که خروج به تخصـیص نیست واضـح است؛ چون کریمه آبی از تخصـیص است. و امّا این که به حکومت نیست؛ چون نزد عقلائی که خدا را حداقل در

حدّ ربوبیّت قبول دارنـد و معتقدند مالک حقیقی است، دیگر با اذن مالک حقیقی آن را باطل نمی دانند و اصـلاً باطل در این گونه موارد با إذن مالک حقیقی، دیگر باطل نیست.

بنـابراین «بالباطـل» در کریمه ی (لَا تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ) نزد عقلاءِ معتقـد به مالک حقیقی از اوّل مضـیق به چیزهایی است که شـارع اذن در أکل آن نـداده و اگر اذن داده دیگر باطل نیست. حال که باطل نزد عقلاء نیز مضـیق به عـدم اذن شارع است دیگر نمی تـوان در مواردی که شـک داریم شـارع إذن داده یـا نه ماننـد مـا نحن فیه که نمی دانیم شـارع رجوع را تنفیذ کرده و از أکل مال به باطل خارج کرده یا خیر تمسّک به عام کنیم؛ چراکه تمسّک به عام در شبهه ی مصداقیه می شود.

این درک عقلائی که با إذن شارع، دیگر باطل نیست، حتی اگر به منزله ی قرینه ی منفصـله هم باشـد باعث می شود نتوان در موارد شک در إذن شارع به کریمه تمسّک کرد؛ چون خروج به نحو تخصـیص نیست تا [قرینه ی متصـله و منفصله فرق کند،] بلکه چون به نحو تخصّص است این قرینه ی منفصـله موجب می شود بدانیم حکم مضـیقاً جعل شده و کریمه از همان ابتدا به نحو مضـیّق حکم را بیان می کند و از این جهت تفاوتی بین قرینه ی متصـله و منفصـله نیست، لذا عند الشک در مصداقی نمی توان به کریمه تمسّک کرد؛ چون نظیر تمسک به عام در شبهه ی مصداقیه می شود.

مرحوم امـام قـدس سـره - این مطلب را نیز اضـافه می کننـد که فرضـاً اگر شـک کنیم خروج موارد اذن شارع از باطل، به نحو تخصّص است یا تخصـیص، باز هم نمی توان به کریمه تمسّک کرد؛ زیرا نمی دانیم از اوّل شـمولی نسـبت به موارد مشکوک دارد تا بتوان به آن رجوع کرد یا شمولی ندارد؟

بنابراین استدلال شیخ به کریمه برای اثبات لزوم معاطات ناتمام است.

بررسی کلام مرحوم امام قدس سره – در نقد استدلال به عقد مستثنی منه کریمه

اشکال امام قدس سره – به استدلال به کریمه ی (لَا تَأْکُلُوا أَمْوَالَکُمْ بَیْنَکُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَکُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْکُمْ) انصافاً اشکال قویّی است و به نظر می رسد این اشکال وارد باشد؛ مگر این که کسی ادعا کند که در تمام موارد خروج با جعل شارع، خروج به نحو حکومت است؛ یعنی شارع تمام آن مواردی را که عرف باطل می بیند [و نظرش مخالف است] تعبّداً فردی را از باطل بودن خارج کرده است، اگر چنین باشد در مواردی که شک داریم آیا دلیل حاکمی وجود دارد تا تعبداً از باطل عرفی خارج شده باشد می توانیم به اطلاق کریمه تمسک کنیم. ولی احراز این که تمام موارد خروج به نحو حکومت است مشکل است، بلکه ظاهر آن است همان طور که مرحوم امام فرمودند تخصصاً خارج است؛ یعنی از اوّل معنای باطل ضیّق است، لذا نمی توان در موارد مشکوک به کریمه تمسّک کرد.

نظر مختار در تمسّک به عقد مستثنای کریمه برای اثبات لزوم معاطات

مرحوم شیخ در تمسّک به عقد مستثنای کریمه فرمودند: از آن جا که کریمه تنها راه أکل مال را در تجارت عن تراضٍ منحصر کرده و رجوع نه «تجارت» است و نه «عن تراض»، پس داخل در مستثنی نیست، لاـ محاله کریمه دالّ بر عدم نفوذ رجوع و بالملازمه لزوم بیع معاطاتی است.

ما قبلاً در بحث این که آیا معاطات مفید ملکیت است یا إباحه، در مورد تمسّک به این کریمه برای اثبات إفاده ی ملکیّت در معاطات بیان کردیم: به نظر ما استثناء در کریمه به نحو استثناء منقطع است؛ نه متصل و لذا دالّ بر حصر نیست. بنابراین طبق آن مبنا، این جا نیز نمی توانیم برای اثبات لزوم معاطات به این کریمه تمسّک کنیم.

استدلال به عقد مستثنای کریمه از غیر طریق حصر

بعضی(۱) به نحو دیگری غیر از طریق حصر نیز به عقد مستثنای کریمه برای اثبات لزوم بیع معاطاتی استدلال کرده اند، به این صورت که در معاطات، آخذ که مالک جدید است مال را از طریق تجارت و عن تراضٍ به دست آورده است؛ چون فرض آن است که معاطات بیع بوده و مفید ملکیت است لذا می تواند مصداق تجارت باشد. بنابراین أکل آخذ نسبت به آن مال، أکل از طریق تجاره عن تراضٍ است. شک می کنیم آخذ بعد از رجوع مالک اوّل هم جواز أکل دارد یا نه چراکه اگر رجوع مالک اوّل نافذ باشد دیگر تصرف در آن برای آخذ جایز نیست می توان به اطلاق کریمه که می فرماید أکل از طریق تجاره عن تراضٍ جایز است تمسّک کرده و اثبات کرد آخذ حتی نسبت به بعد از رجوع نیز جواز أکل دارد و این، ملازمه با عدم نفوذ رجوع و در نتیجه لزوم معاطات دارد.

نقد این استدلال

به نظر می آید این استدلال صرف نظر از بعضی اشکالاتی که وارد کرده اند(۲)

۱- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۵، ص۱۹: و منه یظهر وجه الاستدلال علی اللزوم بإطلاق حلّیه أکل المال بالتجاره عن تراضٍ، فإنّه یدلّ علی أنّ التجاره سببٌ لحلّیه التصرّف بقولٍ مطلق حتّی بعد فسخ أحدهما من دون رضا الآخر.

۲- حاشیه المکاسب (للإیروانی)، ج ۲، ص۴: الظّاهر أنّ النّهی عن الأکل فی صدر هذه الآیه کنایه عن التملّک و التّصاحب دون الأکل الحقیقی أو مطلق التصرف فیکون استثناء صوره وقوع التّجاره عن تراض عن ذلک دلیلا علی حصول التملّک بها و أنّ التّجاره عن تراض من الأسباب المملکه فکانت الآیه من أدلّه نفوذ التّجاره و صحّتها دون جواز التصرّفات المترتّبه علی التّجاره لتمسّک بإطلاقها بالنّسبه إلی التصرفات الواقعه بعد الفسخ علی لزوم المعامله نعم لو کانت دالّه علی حصر سبب التملّک فی التّجاره عن تراض لکانت دالّه علی بطلان الفسخ من وجه آخر حیث إنه لیس تجاره و لا عن تراض لکن أنّی لها هذه الدّلاله بعد أن کان الاستثناء منقطعا. • حاشیه کتاب المکاسب (للأصفهانی، ط - الحدیثه)، ج ۴، ص۳۸: أنّ أکل المال إمّا عنوان للتصرفات المعاملیه بنفسها، و إمّا عنوان للتصرفات المترتبه علی المعامله. فإن أرید منه الأول فغایته حلیه التجاره عن تراض، و هی مستلزمه لنفوذها کما تقدم نظیره، و لا موقع لإطلاقها لما بعد إنشاء الفسخ، إذ لیس إنشاء الفسخ و عدمه من شؤون التجاره و أحوالها کما عرفت. و إن أرید منه الثانی کما هو الظاهر، لظهور الأکل عرفا فی التصرفات الغیر المعاملیه، لکن حیث قید الأکل بکونه بینهم فلا محاله یراد منه التصرفات المترتبه علی المعامله بینهم، لأکل تصرف فی مال الغیر، فحینئذ یدل جواز التصرفات مطلقا علی عدم تأثیر إنشاء الفسخ، إلّا أنّه فرق أیضا بین جواز التصرفات المترتبه علی التجاره و جواز التصرف بالتجاره، فإنّ الأول قابل للإطلاق، بخلاف الثانی فإنّه ظاهر فی أنّ السبب المجوّز لها هی التجاره، و لیس عدم إنشاء الفسخ قیدا للسبب المجوّز و لا للتصرف الجائز به حتی ینفی بالإطلاق، و من الواضح أنّ ظاهر الآیه هو الثانی کما یقتضیه الاستثناء من الأکل بسبب باطل.

تمـام نباشـد؛ زیرا (إِلاَّـ أَنْ تَکُونَ تِجٰارَهً عَنْ تَرٰاضٍ مِنْکُمْ) چنین اطلاـقی نـدارد؛ چراکه در مقام بیان جواز أکل تا این میزان که حتّی بعـد از رجوع مالـك اوّل هم جـایز باشـد نیست و لااقـل آن که اطلاق کریمه را از این حیث نمی توانیم احراز کنیم، لـذا نمی توان به آن تمسّك کرد.(۱)

۶. تمسّک به کریمه ی (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)

کریمه ی دیگری که شیخ(۲) - رحمه الله علیه - برای اثبـات لزوم معاطات به آن تمسّک کرده آیه ی شـریفه ی (یَا أَیُّهَا الَّذِینَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) می باشد. ما دو بار به طور مفصل درباره ی این کریمه یکی در ابتدای مکاسب محرمه به عنوان یکی از

۱- حاشـیه المکاسب (للیزدی)، ج ۲، ص۴: أقول هـذه الآـیه متعرّضه لحال التّصـرفات فإنّ مفادها جواز الأکل بالتّجاره إلّا أنّه لا إطلاـق فیها بل هی بصـدد مجرّد کون الأکل بالتّجاره حلالا فی مقابل الأکل بالباطل من غیر نظر إلی بیان مـده الحلّیه و أنّها فی الجمله أو مؤبّده فتدبّر.

۲- المکاسب المحرمه (ط - الحـدیثه)، ج ۳، ص۵۶: و قـد یسـتدلّ أیضاً بعموم قوله تعالی أَوْفُوا بِالْعُقُودِ؛ بناءً علی أنّ العقـد هو مطلق العهـد، کما فی صـحیحه عبـد اللّه بن سـنان، أو العهـد المشدّد، کما عن بعض أهل اللغه، و کیف کان، فلا یختصّ باللفظ فیشمل المعاطاه.

قواعـد عامّه ی معاملات و دیگری در بحث إفاده ی ملکیت در معاطات بحث کرده ایم و دلالت کریمه بر صـحت و لزوم بیع و سایر عقود را بررسی کرده و اشکالات متعددی که درباره ی دلالت کریمه ذکر شده بود دفع کردیم.

خلاصه ی اسـتدلال به این کریمه برای اثبات لزوم معاطات آن است که (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)، هم إفاده ی حکم تکلیفی می کند که وفـای به عقـد واجب است و هم إفـاده حکم وضـعی می کنـد که عقـد غیر قابـل انفساخ است. نحوه ی دلالت کریمه بر حکم وضعی را بیان کردیم نظیر دلالت کنایه است که ذکر لازم و اراده ملزوم می شود [هر چند این تفاوت را دارد که خود لازم نیز مقصود به إفهام است، برخلاف کنایه که خود لازم مقصود به إفهام نیست]. و اگر مثل محقق ایروانی قدس سـره – ملتزم شویم کریمه نمی تواند دالّ بر هر دو حکم تکلیفی و وضعی باشد می گوییم: کریمه حکم وضعی را إفاده می کند.

بیـان دیگر این که: عقود در نظر عرف و عقلاـ مفیـد لزوم است وضـعاً. کریمه ی (أَوْفُوا بِـالْعُقُودِ) عقود را به همـان نحوی که عقلاـ نزد خود لاـزم می داننـد إمضاء فرموده است. بنابراین معاطات نیز چون عرفاً عقـد می باشـد کریمه شامل آن می شود و همان تلقّی عرف را مورد تأیید قرار می دهد.

إن قلت: می دانیم کریمه نسبت به بعضـی عقـود حتی بعض عقـودی که عرف آن را لاـزم می دانـد تخصـیص خـورده است، بنابراین برای اثبات لزوم نمی توان به کریمه تمسّک کرد؛ چون تمسّک به عام در شبهه ی مصداقیه ی مخصص می شود.

قلت: همـان طور که قبلاًـ توضـیح دادیم مخصّصـی بـا عنوان «العقود الجـائزه» یـا «البیوع الجـائزه» یا هر عنوان دیگری که شامل موارد مشکوک شود از طرف شارع وارد نشده تا تمسّک به عام در موارد مشکوک، تمسّک به عام در شبهه ی

مصـداقیه در صورتی که مخصـص متصـل باشـد یا تمسّک به عام در شـبهه ی مصـداقیه ی مخصِّص در صورتی که مخصـص منفصل باشـد باشـد. آن چه که در شـرع وارد شـده و از تحت کریمه خارج شده به صورت موارد است مثل عقد وکالت، عقد مضاربه، عقد ودیعه و ... نه عنوانی که نسـبت به موارد مشـکوک احتمال شمول داشته باشد، لذا در شک در عقد خاصی مانند عقد معاطاتی که آیا از تحت عموم کریمه خارج شده یا نه، مانعی از تمسّک به عموم عام نیست.

۷. تمسّک به کریمه ی (أَحَلَّ اللّهُ البَیعَ)

مناسب بود مرحوم شـیخ همان طور که برای اثبات إفاده ی ملکیت در معاطات به کریمه ی (أَحَلَّ اللّهُ البَیعَ) تمسّک کردنـد این جا نیز برای اثبات لزوم معاطات به این کریمه تمسّک می نمودند.

مـا در بحث اثبـات إفـاده ی ملکیت در معاطـات بیان کردیم مراد از (أَحَلَّ اللّهُ البَیعَ) این است که خداونـد متعال بیع را به همان نحوی که نزد عقلاء بوده، مرسل و رها کرده و قیـد و بنـدی برای آن جعل نکرده است. بنابراین کریمه مفیـد اطلاق است، لـذا اگر در جایی قید و بند باشد احتیاج به دلیل خاص دارد [تا از تحت کریمه خارج شود.]

بیع نزد عقلاء دارای حلّیت تکلیفیه، حلّیت وضـعیه و لزوم است. کریمه ی (أَحَلَّ اللّهُ البَیعَ) بیان می کنـد همان لزوم نزد عرف و عقلاـ را خداونـد متعـال برای بیع و از جمله بیع معاطـاتی تثبیت و إمضاء فرموده است. بنابراین کریمه دالّ بر لزوم بیع معاطاتی است.

شیـخ قـدس سـره - با این که دلالت آیات و روایات را بر لزوم معاطات تمام دانسـتند، ولی در برابر ادّعای اجماع بر عـدم لزوم معاطات دچار مشکل شده اند. قبل از این که

مسأله ی إجماع را بررسی کنیم، روایاتی را که بعض فقهاء به آن استناد کرده اند که معاطات اصلاً مفید ملکیّت نیست یا حداقل مفید ملکیت لازم نیست، ذکر می کنیم.

روایات دالّ بر عدم لزوم ملکیت

۱. روایت «إِنَّمَا یُحَلِّلُ الْکَلَامُ وَ یُحَرِّمُ الْکَلَامُ»

اشاره

(۱)

از جمله کسانی که به این روایت تمسّک فرموده صاحب ریاض(۲) - رحمه الله علیه - است. این

۱- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۶۰: بقی الکلام فی الخبر الذی تُمُسِّک به فی باب المعاطاه، تارهً علی عدم إفاده المعاطاه إباحه التصرّف، و أُخری علی عدم إفادتها اللزوم؛ جمعاً بینه و بین ما دلّ علی صحّه مطلق البیع کما صنعه فی الریاض و هو قوله علیه السلام: «إنّما یحلّل الکلام و یحرّم الکلام». و توضیح المراد منه یتوقّف علی بیان تمام الخبر، و هو ما رواه ثقه الإسلام فی باب «بیع ما لیس عنده»، و الشیخ فی باب «النقد و النسیئه» عن ابن أبی عمیر، عن یحیی بن الحجّاج، عن خالد بن الحجّاج أو ابن نجیح قال: «قلت لأبی عبد اللّه علیه السلام: الرجل یجیئنی و یقول: اشتر لی هذا الثوب و أُربحک کذا و کذا. فقال: أ لیس إن شاء أخذ و إن شاء ترک؟ قلت: بلی. قال: لا بأس، إنّما یحلّل الکلام و یحرّم الکلام. و قد ورد بمضمون هذا الخبر روایات أُخر مجرّده عن قوله علیه السلام: «إنّما یحلّل .. إلخ»، کلّها تدلّ علی أنّه لا بأس بهذه المواعده و المقاوله ما لم یوجب بیع المتاع قبل أن یشتریه من صاحبه.

۲- ریاض المسائل (ط - الحدیثه)، ج ۸، ص۲۱۳: و أمّا الوجوه الأُخر التی ذکرها بعض الأجلّه انتصاراً لمتوهّم کلام المفید-(رحمه اللّه) فلم أفهم منها دلاله بل و لا إشاره، و إنّما غایتها کباقی الأدلّه ثبوت الإباحه فی التصرف، فلا کلام فیها، کما هو المشهور بین الطائفه، بل کافّتهم؛ لرجوع القائل بعدمها و حرمه التصرّف فی المعاطاه عنه إلی الإباحه، کما حکاه جماعه، و هی غیر مفروض المسأله، بل یستفاد من کثیر من المعتبره عدم الاکتفاء بمجرّد القصد و الإشاره، و أنّه لا بدّ من لفظ البتّه، کما ذهب إلیه بعض من لا یعتدّ به من الأجلّه. ففی الصحیح و غیره من المعتبره أنّه «إنّما یحرّم و یحلّل الکلام» و هی و إن اقتضت حرمه التصرف إلّا أنّها محموله علی اللزوم و علی ما بعد الرجوع؛ جمعاً بینه و بین ما دلّ علی الإباحه بالتراضی من الإجماع فی الغنیه و شرح القواعد ، مع عدم الخلاف فیه بین الطائفه، لما عرفت من رجوع القائل بالحرمه کما حکاه جماعه. نعم هی لیست دالّه علی اشتراط کونه الألفاظ المخصوصه المشهوره بکیفیاتها، المعهوده المشترطه، إلّا أنّه لیس فیها الدلاله علی الاکتفاء بذلک من دونها أیضاً، و إنّما غایتها فی الاکتفاء به و عدمه أنّها مجمله لا یمکن الاستناد إلیها نفیاً و لا إثباتاً فی الکیفیات المزبوره.

مضمون در ضمن روایتی در کافی و تهذیب(۱) نقل شده است:

عَلِیُّ بْنُ إِبْرَاهِیمَ عَنْ أَبِیهِ عَنِ ابْنِ أَبِی عُمَیْرٍ عَنْ یَحْیَی بْنِ الْحَجَّاجِ عَنْ خَالِدِ بْنِ نَجِیحٍ(۲) قَالَ: قُلْتُ لِأَبِی عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام - الرَّجُلُ یَجِی ءُ فَیَقُولُ اشْتَرِ هَذَا الثَّوْبَ وَ أُرْبِحَکَ کَذَا وَ کَذَا فَقَالَ: أَ لَیْسَ إِنْ شَاءَ أَخَذَ وَ إِنْ شَاءَ تَرَکَ؟ قُلْتُ: بَلَی قَالَ: لَا بَأْسَ بِهِ إِنَّمَا یُحَلِّلُ الْکَلَامُ وَ یُحَرِّمُ الْکَلَام.(۳)

این روایت از لحاظ سند به خاطر خالد بن نَجیح یا خالد بن الحجّاج که نسخ متفاوت است ناتمام است. بله اگر کسی معتقد باشد که ابن ابی عمیر لا یروی و لا یُرسل إلا عن ثقه می تواند به این روایت اعتماد کند، ولی ما این کلام را در مورد مشایخ بی واسطه ی ایشان نتوانستیم بپذیریم فضلاً از مشایخ با واسطه!

خالد بن الحجاج که در بعضی نسخ کافی و در تهذیب آمده است، برادر

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق خرسان)، ج ۷، ص ۵۰: عَنْهُ [الحسین بن سعید] عَنِ ابْنِ أَبِی عُمَیْرٍ عَنْ یَحْیَی بْنِ الْحَجَّاجِ عَنْ خَالِدِ بْنِ الْحَجَّاجِ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِی عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام - الرَّجُلُ یَجِی ءُ فَیَقُولُ اشْتَرِ هَذَا الثَّوْبَ وَ أُرْبِحَکَ کَذَا وَ کَذَا قَالَ أَ لَیْسَ إِنْ شَاءَ تَرَکَ وَ إِنْ شَاءَ أَخَذَ قُلْتُ بَلَی قَالَ لَا بَأْسَ بِهِ إِنَّمَا یُحِلُّ الْکَلَامُ وَ یُحَرِّمُ الْکَلَامُ.

۲- در حاشیه ی کافی طبع دار الحدیث (ج ۱۰، ص۱۷۵) آمده است: هکذا فی «ط، بح، جد»، و حاشیه «ی، بس، جت» و الوافی و المرآه عن بعض النسخ و التهذیب. و فی «ی، بخ، بس، بف، جت، جن» و المطبوع: «خالد بن نجیح». و لم نجد روایه یحیی بن الحجّاج عن خالد بن نجیح فی موضع، بل الظاهر تأخّر طبقه خالد بن نجیح عن خالد بن الحجّاج هذا؛ لأنّ أکثر روایاته مرویّه عن طریق عثمان بن عیسی. راجع: معجم رجال الحدیث، ج۷، ص۱۸، الرقم ۴۱۶۸، و ص۳۹۲.

۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص۲۰۱.

یحیی بن الحجاج می باشد. از عبارت نجاشی در ترجمه ی یحیی بن الحجاج، بعضی این طور استفاده کرده اند که نجاشی خالد بن الحجاج را نیز توثیق کرده؛ زیرا فرموده است: «یحیی بن الحجاج الکرخی بغدادی ثقه و أخوه خالد. روی عن أبی عبد الله علیه السلام -»(۱) در حالی که صحیح این است که «ثقه» وصف برای یحیی بن الحجاج است و شامل برادرش خالد نمی شود و این که ابن داود در رجالش در ترجمه ی یحیی بن الحجاج گفته است: «یحیی بن الحجاج الکرخی بغدادی ق [کش] ثقه هو و أخوه خالد»(۲) از آن جا که می دانیم مستند کلام ابن داود سخن نجاشی است می گوییم اشتباهی در نقل رخ داده است و نهایت آن که کلام نجاشی برای ما مردّد می شود و نمی توانیم احراز وثاقت خالد بن الحجاج کنیم. علاوه آن که نمی دانیم نسخه ی خالد بن الحجاج صحیح است یا خالد بن نجیح و از این جهت نیز نتیجه تابع أخس مقدمات است؛ چراکه خالد بن نجیح توثیق ندارد.

خالد بن نجیح یا خالد بن الحجاج می گوید: به حضرت عرض کردم شخصی می آید و می گوید این پارچه را بخر و من فلان مقدار به تو سود می دهم(۳)، حضرت فرمودند: آیا این طور نیست که اگر خواست از تو أخذ می کند [می خرد] و سود می دهد و اگر نخواست ترک می کند [نمی خرد]؟ عرض کردم: بله این طور است. فرمودند: اشکالی ندارد. فقط و فقط کلام است که حلال می کند و کلام است که حرام می کند.(۴)

در دو روایت دیگر نیز بخش دوم این مضمون یعنی «إنما یحرّم الکلام» آمده است:

۱- رجال النجاشی، ص۴۴۵.

۲- رجال ابن داود، ص۳۷۲.

۳- یعنی آیا چنین معامله ای که قبل از این که پارچه را خریده باشم از من بخرد درست است؟

۴- یعنی بستگی دارد که چگونه حرف زدید، آیا ایجاب بیع کرد و ملتزم شد از تو بخرد یا نه صرف وعده بود؟

عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَّادٍ عَنِ الْحَلَبِيِّ قَالَ: سُئِلَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام - عَنِ الرَّجُلِ يَزْرَعُ الْأَرْضَ فَيَشْتَرِطُ لِلْبَذْرِ ثُلُثاً وَ لِلْبَقَرِ ثُلُثاً قَالَ: لَا يَنْبَغِي أَنْ يُسَمِّيَ شَيْئاً فَإِنَّمَا يُحَرِّمُ الْكَلَامُ.(۱)

این روایت از لحاظ سند تمام است.

حلبی می گوید: از امام صادق علیه السلام - سؤال شد درباره ی کسی که زمین [دیگری] را مزارعه می کند و شرط می کند به خاطر بذری که می آورم یک ثلث و به خاطر گاوی که برای شخم زدن می آورم یک ثلث دیگر، حضرت فرمودند: سزاوار نیست چیزی را نام ببرد(۲)، همانا فقط و فقط کلام است که حرام می کند.

روایت صحیح دیگر نیز به همین مضمون در کافی و تهذیب نقل شده است:

مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ النُّعْمَانِ عَنِ ابْنِ مُسْكَانَ عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ خَالِدٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام - عَنِ الرَّجُلِ يَزْرَعُ أَرْضَ آخَرَ فَيَشْتَرِطُ عَلَيْهِ لِلْبَذْرِ ثُلُثاً وَ لِلْبَقَرِ ثُلُثاً قَالَ: لَا يَنْبَغِي أَنْ يُسَمِّيَ بَذْراً وَ لَا بَقَراً فَإِنَّمَا يُحَرِّمُ الْكَلَامُ.(۳)

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص۲۶۷. و تهذیب الأحکام (تحقیق خرسان)، ج ۷، ص۱۹۴: الْحَسَنُ بْنُ مَحْبُوبٍ عَنْ خَالِدِ بْنِ جَرِيرٍ عَنْ أَبِي الرَّبِيعِ الشَّامِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام - أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ رَجُلٍ يَزْرَعُ أَرْضَ رَجُلٍ آخَرَ فَيَشْتَرِطُ عَلَيْهِ ثُلُثاً لِلْبَذْرِ وَ ثُلُثاً لِلْبَقَرِ فَقَالَ لَا يَنْبَغِي أَنْ يُسَمِّيَ بَذْراً وَ لَا بَقَراً وَ لَكِنْ يَقُولُ لِصَاحِبِ الْأَرْضِ أَزْرَعُ فِي أَرْضِكَ وَ لَكَ مِنْهَا كَذَا وَ كَذَا نِصْفٌ أَوْ ثُلُثٌ أَوْ مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ وَ لَا يُسَمِّي بَذْراً وَ لَا بَقَراً فَإِنَّمَا يُحَرِّمُ الْكَلَامُ.

۲- یعنی به این صورت نمی تواند معیّن کند، بلکه باید بگوید مزارعه می کنم دو ثلث مال من و یک ثلث مال تو. پس این که معیّن کند به خاطر گاو این قدر سهم و به خاطر بذر این قدر سهم می برم درست نیست و این طور حرف زدن حرام می کند.

۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص۲۶۷. و تهذیب الأحکام (تحقیق خرسان)، ج ۷، ص۱۹۴: أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ النُّعْمَانِ عَنِ ابْنِ مُسْكَانَ عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ خَالِدٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام - عَنِ الرَّجُلِ يَزْرَعُ أَرْضَ آخَرَ فَيَشْتَرِطُ لِلْبَذْرِ ثُلُثاً وَ لِلْبَقَرِ ثُلُثاً قَالَ لَا يَنْبَغِي أَنْ يُسَمِّيَ بَذْراً وَ لَا بَقَراً فَإِنَّمَا يُحَرِّمُ الْكَلَامُ.

احتمالات چهارگانه در معنای ذیل روایت با غض نظر از صدر

جناب شیخ - رحمه الله علیه - ابتدا احتمالات چهارگانه ای(۱) را در معنای ذیل روایت یعنی «إِنَّمَا يُحَلِّلُ الْكَلَامُ وَ يُحَرِّمُ الْكَلَامُ» با غضّ نظر از صدر روایت مطرح می کنند.

احتمال اوّل: مقصود از کلام، لفظ دالّ بر تحلیل و تحریم است و مقصود از تحلیل و تحریم، تحلیل و تحریم وضعی است یا حداقل شامل تحلیل و تحریم وضعی نیز می شود. پس معنای روایت این است که تحریم و تحلیل جز با نطق به

۱- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص۶۱: و نقول: إنّ هذه الفقره مع قطع النظر عن صدر الروایه تحتمل وجوهاً: الأوّل: أن یراد من «الکلام» فی المقامین اللفظ الدالّ علی التحلیل و التحریم، بمعنی أنّ تحریم شی ءٍ و تحلیله لا یکون إلّا بالنطق بهما، فلا یتحقّق بالقصد المجرّد عن الکلام، و لا بالقصد المدلول علیه بالأفعال دون الأقوال. الثانی: أن یراد ب «الکلام» اللفظ مع مضمونه، کما فی قولک: «هذا الکلام صحیح» أو «فاسد»، لا مجرّد اللفظ أعنی الصوت و یکون المراد: أنّ المطلب الواحد یختلف حکمه الشرعی حِلّا و حرمه باختلاف المضامین المؤدّاه بالکلام، مثلًا: المقصود الواحد، و هو التسلیط علی البضع مدّه معیّنه یتأتّی بقولها: «ملّکتک بضعی» أو «سلّطتک علیه» أو «آجرتک نفسی» أو «أحللتها لک»، و بقولها: «متّعتک نفسی بکذا»، فما عدا الأخیر موجب لتحریمه، و الأخیر محلّل، و بهذا المعنی ورد قوله علیه السلام: «إنّما یحرّم الکلام» فی عدّه من روایات المزارعه. منها: ما فی التهذیب عن ابن محبوب، عن خالد بن جریر، عن أبی الربیع الشامی، عن أبی عبد اللّه علیه السلام: أنّه سُئل عن الرجل یزرع أرض رجلٍ آخر فیشترط علیه ثلثاً للبذر، و ثلثاً للبقر، فقال: «لا ینبغی له أن یسمّی بذراً و لا بقراً، و لکن یقول لصاحب الأرض: أزرع فی أرضک و لک منها کذا و کذا: نصف، أو ثلث، أو ما کان من شرط، و لا یسمّی بذراً و لا بقراً؛ فإنّما یحرّم الکلام». الثالث: أن یراد ب «الکلام» فی الفقرتین الکلام الواحد، و یکون تحلیله و تحریمه باعتبار وجوده و عدمه، فیکون وجوده محلّلًا و عدمه محرّماً، أو بالعکس، أو باعتبار محلّه و غیر محلّه، فیُحِلّ فی محلّه و یُحرِّم فی غیره؛ و یحتمل هذا الوجه الروایات الوارده فی المزارعه. الرابع: أن یراد من الکلام المحلِّل خصوص المقاوله و المواعده، و من الکلام المحرِّم إیجاب البیع و إیقاعه.

کلام حاصل نمی شود؛ یعنی چیزی نمی توانـد حلال شود مگر آن که کلامی باشـد و چیزی نمی تواند حرام شود مگر آن که کلامی باشد. و این احتراز است از تحقق تحریم و تحلیل با قصد مجرد از کلام یا با قصدی که دالّ بر آن فعل باشد؛ نه کلام.

تحلیل و تحریم با لفظ را نیز می توان دو گونه در مثالی ماننـد بیع معنا کرد: یکی این که اگر طبیعت لفظ باشـد و فعل یا قصـد تنها نباشد تحلیل مناسب آن محقق می شود و اگر لفظ نباشد تحریم است؛ یعنی با محقق نشدن بیع، همان تحریمی که از سابق بوده باقی می مانـد و در نتیجه ثمن مال مشتری است و برای بایع حرام می باشد و مثمن مال بایع است و برای مشتری حرام می باشد.

معنـای دیگر این که اگر لفـظ باشـد محلّـل ثمن برای بایع و محلّل مثمن برای مشتری است و همان لفظ، محرّم ثمن است برای مشتری چون به بایع منتقل شـده و محرّم مبیع است برای بایع چون به مشتری منتقل شـده است، که البته معنای دوم بنابر احتمال اوّل اظهر است.

طبق احتمـال اوّل که تحلیـل و تحریم جز بـا کلاـم محقق نمی شود، معاطـات باطـل خواهـد بود؛ زیرا در معاطات متعاطیین می خواهنـد تحلیل و تحریم را یعنی تحلیل ثمن برای بایع و مبیع برای مشتری و تحریم مبیع برای بایع و ثمن برای مشتری با قصدی که دالّ بر آن فعل است محقق کننـد، در حالی که این روایت می فرماید تحلیل و تحریم جز با کلام محقق نمی شود؛ مگر این که در مواردی دلیل خاص وجود داشته باشد که موجب خروج آن موارد از تحت قاعده می شود.

احتمـال دوم: مطلب و مقصود واحـد اگر بـا کلاـم خاصـی اداء شود محلّـل است و همـان مطلب اگر بـا کلام دیگری اداء شود محلّل نیست بلکه محرّم است.

به عنوان مثـال در نکـاح موقت اگر مرئه تسـلیط بر بُضع خود را بـا لفـظ «متّعتُکَ» إنشاء کنـد محلّل است و اگر با تعبیر دیگری مانند «ملّکتُکَ»، «سلَّطتُکَ»، «آجرتُکَ

نفسی»، «أحللتُك نفسی» و ... إنشاء کند محلّل نیست، بلکه محرّم است و مراد از محرِّم در این جا یعنی حرمتی که بوده ادامه پیدا می کند و نمی تواند اثر تحلیل را داشته باشد. یا طلاق اگر با لفظ «زوجتی طالق» یا «أنتِ طالق» اداء شود محقق می شود و اگر به غیر آن باشد محقق نمی شود.

شیخ - رحمه الله علیه - می فرماید: ظاهر این است که مقصود از «إِنَّمَا یُحَرِّمُ الْکَلَامُ» در دو روایت، مربوط به مزارعه به همین معنا باشد؛ یعنی اگر مُزارِع مقصودش را با تعبیر «ثلثٌ للبذر و ثلثٌ للبقر» أداء کند محرّم است؛ یعنی ملکیت هر کس به جای خود باقی است و عقد محقق نمی شود، امّا اگر بگوید: «اَزرَعُ أرضَکَ بثُلُثین من حاصِلها» محلّل است؛ یعنی موجب حلّیت شده و عقد منعقد می شود.

فرق معنای اوّل با معنای دوم در این است که در معنای اوّل عنایت بر این است که باید طبیعت لفظ باشد تا تحلیل و تحریم اتفاق بیافتد و فقط لفظ در تحلیل و تحریم دخالت دارد و غیر لفظ در آن مؤثر نیست. امّا معنای دوم بیان می کند مقصود واحد، با یک کلامی محقق می شود و محلّل است و با کلام دیگر واقع نمی شود و محرّم است.(۱)

احتمال سوم: مراد این است که کلام واحد وجودش محلّل است و عدمش

۱- در معنای اول و دوم باید دید احتراز از چیست تا علاوه بر تفاوت این دو معنا، حصر نیز روشن گردد نسبت به چیست. «إِنَّمَا یُحَلِّلُ الْکَلَامُ وَ یُحَرِّمُ الْکَلَامُ» در معنای اول احتراز از وقوع تحلیل و تحریم به غیر لفظ می باشد و به این معناست: فقط لفظ می تواند تحلیل کند و فقط لفظ می تواند تحریم کند. این بدین معنا نیست که لفظ واحد محلل یا محرم است، بلکه به این معناست که موجب حلّیت، فقط لفظ است و موجب حرمت نه به صورت استمرار از قبل نیز فقط لفظ است. در معنای دوم احتراز از کلام دیگر است؛ یعنی مطلب و مقصود واحد اگر فقط و فقط با لفظ خاصی ادا شود محلل است و اگر با غیر آن ادا شود محرم است. (امیرخانی)

محرّم. یا عکس آن، وجودش محرّم است و عدمش محلّل.

یا این که بگوییم: کلام واحد اگر در جای خود واقع شد محلّل است و اگر در غیر جای خود واقع شد محرّم است. یا عکس آن، اگر در جای خود واقع شد محرّم است و اگر در جای خود نبود محلّل است.

مثلاً در روایت خالد بن نجیح یا خالد بن الحجاج که کسی به دیگری می گوید این پارچه را از فلانی بخر و به من بده، سود به تو می دهم، اگر کلام امام علیه السلام - را که فرمودند: «إِنَّمَا یُحَلِّلُ الْکَلَامُ وَ یُحَرِّمُ الْکَلَامُ» بر معنای سوم حمل کنیم این طور می شود: کلام واحد یعنی ایجاب بیع، اگر باشد محرّم است و موجب بطلان معامله ی آینده می شود و اگر «ایجاب بیع» نباشد محلّل است. پس مثل ایجاب بیع که کلام واحد است، اگر محقق شود مهم نیست با چه لفظی باشد محرّم معامله ای است که واقع می شود؛ یعنی اگر کسی که هنوز پارچه را نخریده، آن پارچه را به ضرس قاطع و به صورت ایجاب به خریدار فروخت، این محرّم است؛ یعنی موجب می شود که این بیع باطل باشد. و اگر به صورت ایجاب نباشد محلّل است؛ یعنی بیعی که محقق می کنند صحیح است.

مثال دیگر این که اگر زوج، کلام واحد «أنتِ طالق» را در طهر غیر مواقعه به همسرش بگوید محلّل است و موجب آزادی آن زن می شود که بتواند با دیگری ازدواج کند و اگر در طهر مواقعه آن را به زنی که مدخولٌ بهاست بگوید محرّم است؛ یعنی موجب نمی شود بتواند همسر بگزیند.

مثال دیگر این که اگر کسی در حال احرام عقد نکاح بخواند محرّم است؛ یعنی محرمیت حاصل نمی شود و اگر در غیر حال احرام عقد نکاح بخواند محلّل است.

احتمال چهارم: مقصود از «الکلام» در «إِنَّمَا یُحَلِّلُ الْکَلَامُ وَ یُحَرِّمُ الْکَلَامُ»، «الف و لام» عهد است؛ یعنی کلام قبل از بیع اگر صِرف مقاوله و مواعده باشد موجب

حلّیت است، و اگر به نحو ایجاب بیع باشد محرّم بوده و موجب بطلان بیع است.

استظهار شیخ قدس سره – از روایت در میان احتمالات چهارگانه

اشاره

مرحوم شیخ بعد از ذکر احتمالات چهارگانه در معنای «إِنَّمَا یُحَلِّلُ الْکَلَامُ وَ یُحَرِّمُ الْکَلَامُ» در صدد برمی آیند روشن کنند که روایت در کدام یک از این معانی ظهور داشته و امام علیه السلام – کدام معنا را اراده فرموده است.(۱)

بررسی احتمال اوّل

جناب شیخ قدس سره – احتمال اوّل را که اگر طبیعت کلام موجود بود حلّیت یا حرمت حاصل می شود و اگر طبیعت کلام نبود حلّیت یا حرمت حاصل نمی شود، به دو دلیل مردود می دانند:

۱. اگر «إِنَّمَا یُحَلِّلُ الْکَلَامُ وَ یُحَرِّمُ الْکَلَامُ» به این معنا باشد که محلّل و محرّم منحصر در کلام است، لازمه اش آن است که روایت نسبت به موارد زیاد محلّل و محرّمِ غیر لفظ در شرع تخصیص بخورد و تخصیص اکثر لازم آید؛ زیرا در شرع اسباب تحریم و تحلیل که غیر لفظ باشد زیاد است به حدّی که می توان گفت اکثر محلّل ها و محرّم ها غیر لفظ است؛ مثلاً تنجّس مأکولات و مشروبات محرّم خوردن و نوشیدن، و تطهیر در جایی که امکان تطهیر دارد محلّل آن است.

۱- المکاسب المحرمه (ط – الحدیثه)، ج ۳، ص۶۳: ثمّ إنّ الظاهر عدم إراده المعنی الأوّل؛ لأنّه مع لزوم تخصیص الأکثر حیث إنّ ظاهره حصر أسباب التحلیل و التحریم فی الشریعه فی اللفظ، یوجب عدم ارتباطه بالحکم المذکور فی الخبر جواباً عن السؤال، مع کونه کالتعلیل له؛ لأنّ ظاهر الحکم کما یستفاد من عدّه روایات أُخر تخصیص الجواز بما إذا لم یوجب البیع علی الرجل قبل شراء المتاع من مالکه، و لا دخل لاشتراط النطق فی التحلیل و التحریم فی هذا الحکم أصلًا، فکیف یعلّل به؟ و کذا المعنی الثانی؛ إذ لیس هنا مطلب واحد حتی یکون تأدیته بمضمونٍ محلِّلًا، و بآخر محرِّماً.

تنجّس لباس محرِّم پوشیدن آن در نماز و تطهیر محلّل آن است. تنجّس بدن محرِّم در نماز است و از لحاظ وضعی نمی تواند داخل در نماز شود و تطهیر محلّل آن است. موجبات بی ارزش شدن شیء، محرّم بیع است وضعاً؛ مثلاً تنجّس خوراکی که قابل تطهیر نیست و مصرف دیگری جز خوردن ندارد، موجب بی ارزش شدن آن و در نتیجه محرّم بیع آن می شود. جلّال شدن حیوان محرّم و استبراء محلّل أکل لحم است. غلیان عصیر عنبی محرّم و ذهاب ثلثین محلّل شرب آن است. تخمیر عصیر عنبی محرّم و تخلیل آن محلّل شرب است. موت حتف أنف محرّم و تذکیه حتی با فراموش کردن بسم الله محلّل أکل لحم است. وطی حیوان محرّم است. دخول در مرئه محرّم ربیبه است و ... .

۲. با توجه به صدر روایت و نیز قرینیّت دو روایت دیگر که همین سؤال و جواب در آن مطرح شده، نمی توان این معنا را برای «إِنَّمَا يُحَلِّلُ الْكَلَامُ وَ يُحَرِّمُ الْكَلَامُ» پذیرفت که اگر طبیعت لفظ بود تحلیل و تحریم وجود دارد و اگر طبیعت لفظ نبود تحلیل و تحریم نیست؛ زیرا در فرض روایت چه مقاوله کرده باشند و چه ایجاب بیع خصوصاً اگر مقاوله کرده باشند طبیعت لفظ وجود دارد، آن وقت چه معنا دارد حضرت در پاسخ به سؤال که درباره ی صحبت به نحو مقاوله یا ایجاب بیع است بفرمایند اگر لفظی بود حلال یا حرام است و اگر لفظی نبود چنین نیست؟! پس طبق معنای اوّل، پاسخ حضرت ربطی به سؤال ندارد. بنابراین به قرینه ی سؤال و جواب امام علیه السلام - و به کمک دو روایت دیگر معلوم می شود مراد طبیعت لفظ نیست تا وجودش محلّل یا محرّم باشد و عدمش چنین نباشد.

بررسی احتمال دوم، سوم و چهارم

معنای دوم این بود که اگر مراد و مطلب واحد با مضامین و کلام های مختلف اداء شود بعضی صحیح و محلّل است و بعضی غیر صحیح و محرّم است.

شیخ - رحمه الله علیه - می فرمایـد: معنای دوم هم به قرینه ی سؤال و جواب امام علیه السـلام - نمی توانـد این جا مراد باشد؛ زیرا فرض آن است که مطلب واحد نیست، بلکه دو مطلب است که یکی مقاوله و دیگری ایجاب بیع است. پاسخ حضـرت نیز مربوط به دو مطلب است؛ چون می فرمایـد: اگر به نحو مقاوله باشـد مانعی ایجاد نمی کنـد و اگر به نحو ایجاب بیع که مطلب دیگری غیر از مقاوله است باشد ایجاد مانع می کند.

پس روایت با احتمال اوّل و دوم سازگار نیست. لامحاله باید روایت را بر معنای سوم یا چهارم حمل کرد.

معنای سوم این بود که کلام واحـد وجودش محلّل و عـدمش محرّم است یا اگر در جای خود باشد محلّل است و در غیر جای خود باشد محرّم است. معنای چهارم هم این بود که کلام اگر به نحو مقاوله و مواعده باشد مانعی ندارد و محلّل است و اگر به نحو ایجاب بیع باشد محرّم است.

احتمال چهارم را نمی توان از روایت استظهار کرد؛ چون به نظر می آیـد امام علیه السـلام - با اعطاء قاعـده خواسـتند مصداق خاص را تبیین کننـد. حضـرت ابتـدا در پاسخ فرمودند: «أَ لَیْسَ إِنْ شَاءَ أَخَذَ وَ إِنْ شَاءَ تَرَکَ؟» که به این معناست: صـحبت اگر صرف مواعـده است مانعی ندارد و اگر به نحو ایجاب بیع است محرّم است. حال اگر بگوییم «إِنَّمَا یُحَلِّلُ الْکَلَامُ وَ یُحَرِّمُ الْکَلَامُ» که حضرت در ادامه فرمودند دوباره همان معنا را إفاده می کند، تکرار ناخوشایندی است که با روش فصحاء سازگاری ندارد، علاوه آن که بـا سـیاق نیز سازگـار نیست؛ زیرا ظاهر در این است که حضـرت می خواهنـد إعطاء قاعـده کننـد که با تطبیق بر مورد، حکمش معلوم شود. بنـابراین احتمـال چهـارم نیز بـا روایت سازگـار نیست، لـذا احتمـال سوم متعین می شود. امّا مرحوم شیخ احتمال چهارم را نیز در کنار احتمال سوم می پذیرند.(۱)

۱- المکـاسب المحرمه (ط - الحـدیثه)، ج ۳، ص۶۴: فتعیّن: المعنی الثـالث، و هو: أنّ الکلاـم الـدالّ علی الالتزام بالبیع لا یحرِّم هـذه المعـامله إلّـا وجوده قبـل شـراء العین التی یریـدها الرجـل؛ لأنّه بیع ما لیس عنـده، و لا یحلِّل إلّا عـدمه؛ إذ مع عـدم الکلام المـوجب لالـتزام الـبیع لم یحصـل إلّـا التواعـد بالمبـایعه، و هو غیر مؤثّر. فحاصـل الروایه: أنّ سـبب التحلیـل و التحریم فی هـذه المعـامله منحصـر فی الکلاـم عـدماً و وجودا. أو المعنی الرابع، و هو: أنّ المقاوله و المراضاه مع المشتری الثانی قبل اشتراء العین محلِّل للمعامله، و إیجاب البیع معه محرّم لها.

عدم دلالت روایت بر بطلان معاطات بنابر احتمال سوم و چهارم

شیخ - رحمه الله علیه - بعد از مردود دانستن احتمال اوّل و دوم در روایت و متعیّن دانستن احتمال سوم و چهارم می فرماید(۱): چه احتمال سوم مراد باشد و چه احتمال چهارم، روایت دالّ بر لزوم کلام در تحلیل و تحریم و از جمله در بیع و نتیجه

۱- همان: و علی کلا المعنیین یسقط الخبر عن الدلاله علی اعتبار الکلام فی التحلیل، کما هو المقصود فی مسأله المعاطاه. نعم، یمکن استظهار اعتبار الکلام فی إیجاب البیع بوجهٍ آخر بعد ما عرفت من أنّ المراد ب «الکلام» هو إیجاب البیع بأن یقال: إنّ حصر المُحلِّل و المُحرِّم فی الکلام لا یتأتّی إلّا مع انحصار إیجاب البیع فی الکلام؛ إذ لو وقع بغیر الکلام لم ینحصر المُحلِّل و المُحرِّم فی الکلام، إلّا أن یقال: إنّ وجه انحصار إیجاب البیع فی الکلام فی مورد الروایه هو عدم إمکان المعاطاه فی خصوص المورد؛ إذ المفروض أنّ المبیع عند مالکه الأوّل، فتأمّل. و کیف کان، فلا تخلو الروایه عن إشعار أو ظهور. کما یشعر به قوله علیه السلام فی روایه أُخری وارده فی هذا الحکم أیضاً، و هی روایه یحیی بن الحجّاج عن أبی عبد اللّه علیه السلام: «عن رجلٍ قال لی: اشتر لی هذا الثوب أو هذه الدابّه، و بعنیها أُربحک فیها کذا و کذا؟ قال: لا بأس بذلک، اشترها، و لا تواجبه البیع قبل أن تستوجبها أو تشتریها»؛ فإنّ الظاهر أنّ المراد من مواجبه البیع لیس مجرّد إعطاء العین للمشتری. و یشعر به أیضاً روایه العلاء الوارده فی نسبه الربح إلی أصل المال، قال: «قلت لأبی عبد اللّه علیه السلام: الرجل یرید أن یبیع بیعاً فیقول: أبیعک بده دوازده، [أو ده یازده]؟ فقال: لا بأس، إنّما هذه" المراوضه" فإذا جمع البیع جعله جمله واحده»؛ فإنّ ظاهره علی ما فهمه بعض الشرّاح: أنّه لا یکره ذلک فی المقاوله التی قبل العقد، و إنّما یکره حین العقد. و فی صحیحه ابن سنان: «لا بأس بأن تبیع الرجل المتاع لیس عندک، تساومه ثمّ تشتری له نحو الذی طلب، ثمّ توجبه علی نفسک، ثمّ تبیعه منه بعد»

بطلان بیع معاطاتی نیست؛ زیرا روایت بنابر احتمال سوم بیان می کند وجود کلام خاصی محلّل یا محرّم است، امّا این که همه جا باید کلام باشد و غیر کلام نمی تواند محلّل یا محرّم باشد چیزی بیان نمی کند. بنابر احتمال چهارم نیز بیان می کند مقاوله و مواعده محلّل است، و کلام مشتمل بر ایجاب بیع محرّم است و متعرض این که اگر فعلی چنین دلالت داشته باشد چه حکمی دارد نیست. بنابراین روایت دالّ بر فساد بیع معاطاتی نیست.

تردید شیخ قدس سره – به خاطر حصر محلّل و محرّم در کلام

جناب شیخ – رحمه الله علیه – به خاطر حصر محلّل و محرّم در کلام وجهی را برای دلالت روایت بر بطلان معاطات بیان می کنند و آن این که حصر محلّل و محرّم در کلام به این معناست که ایجاب بیع جز از راه کلام ممکن نیست والا اگر به فعل نیز محقق شود معنایش این است که محلّل و محرّم منحصر در کلام نیست. بنابراین روایت دلالت می کند غیر کلام از جمله فعل در معاطات محلّل و محرّم نیست و این به معنای بطلان معاطات می باشد.

مرحوم شیخ در پاسخ به این وجه می فرماید: ممکن است حصر در روایت به اعتبار مورد بوده [که معاطات امکان نداشته و باید با کلام محقق می شد؛ چراکه معاطات إعطاء ید به ید است در حالی که فرض روایت آن است که مبیع نزد مالک اوّل بوده و امکان إعطاء ید به ید در آن لحظه نبوده است]. بنابراین روایت نظر به جایی که [معاطات امکان داشته باشد] ندارد.

شیخ – رحمه الله علیه – سپس می فرماید: «فتأمّل»(۱) که می تواند اشاره به دو مطلب داشته باشد:

۱- حاشیه المکاسب (للإیروانی)، ج ۱، ص۸۲: لعلّه إشاره إلی منع الدلاله فی الرّوایه علی کون المبیع عند مالکه الأوّل بما لا یتمکّن من المعاطاه فإنّ کونه عند مالکه الأوّل أعمّ من عدم التمکّن من أخذه منه و بیعه بالمعاطاه بل ظاهر قوله فی الرّوایه اشتر لی هذا الثوب هو حضور الثوب عندهما مع أنّه لاـ یعتبر فی المعاطاه العطاء من الجانبین بل و لا من جانب واحد کالبیع المنشإ بالإشاره أو بالألفاظ الفاقده لشرائط الصّیغه فإنّه فی حکم المعاطاه ثمّ لو سلّمنا عدم إمکان التّعاطی فی مورد الرّوایه فذلک لا یسوّغ الحصر للمحلّل و المحرّم بالکلام عموما و لیس الحصر مختصّا بالمورد حتّی یعتذر بهذا الاعتذار نعم یمکن الاعتذار عن الحصر بوجه آخر و هو أنّه لما کانت المعاملات غالبا بالکلام و لو کلاما فاقدا لشرائط الصیغه عبّر عن المعامله بالکلام هذا مع قطع النّظر عمّا اخترناه فی معنی الکلام و أنّه عباره عن الالتزام لا الکلام اللّفظی و إلّا فالأمر أوضح و عدم ارتباط الرّوایه بالمقام أبین. • مصباح الفقاهه، ج ۲، ص۱۵۳: أولا: أنا لا نسلم عدم إمکان المعاطاه فی مورد الروایه. بدیهه أن الظاهر منها وجود المتاع عند الدلال. و لذا أشار الیه الرجل بکلمه (هذا) و قال لصاحبه: اشتر هذا الثوب أربحک کذا، و لا أقل من الاحتمال و معه لا یتم الاستدلال. ثانیا: أنا لو سلمنا غیاب المتاع- فی مورد الروایه- عن المتعاملین. و لکنا لا نسلم اختصاص المعاطاه بالتعاطی من الطرفین. ضروره أن المعاطاه کما تتحقق بالتعاطی من الطرفین، کذلک تتحقق بالإعطاء من جانب و الأخذ من جانب آخر. و سیأتی ذلک فی تنبیهات المعاطاه. و لعل المصنف قد أشار الی هذین الإشکالین أو إلی أحدهما بالأمر بالتأمل.

اوّلاً: بایع ظاهراً دلّال بوده و مبیع نزدش بوده است، به همین خاطر مشتری با کلمه ی «هذا» به آن اشاره می کند و می گوید: «إشتر هذا الثوب». پس بایع نیز تمکّن از إعطاء مبیع داشته و در نتیجه معاطات در فرض روایت ممکن بوده است.

ثانیاً: إعطاء طرفین در معاطات لازم نیست، بلکه همین که مثلاً ثمن را مشتری إعطاء و بایع أخذ کند در تحقق معاطات کفایت می کند؛ چنان که به زودی بیاید إن شاء الله. بنابراین در مورد روایت، معاطات ممکن بوده است.(۱)

پس مرحوم شیخ گرچه دلالت روایت بر بطلان معاطات از طریق حصر محلّل و محرّم در کلام را پاسخ دادند، ولی با ذکر «فتأمّل»، در پاسخ مذکور ابراز تردید

۱- نهج الفقاهه، ص۵۶: لعله إشاره إلی ما یأتی فی التنبیه الثانی من احتمال حصول المعاطاه بالإعطاء من أحد المتعاملین و الأخذ من الآخر.

کرده و در نهایت می فرمایند: «و کیف کان، فلا تخلو الروایه عن إشعار أو ظهور».(۱)

نظر مختار در دلالت روایت بر بطلان معاطات

به نظر می رسد مفهوم عرفی «إِنَّمَا یُحَلِّلُ الْکَلَامُ وَ یُحَرِّمُ الْکَلَامُ» این است که کلام ها با مضامینی که دارند می توانند در تحلیل و تحریم مؤثر باشند. کلامی با مضمون خود مؤثر در تحلیل و کلامی با مضمون خود مؤثر در تحریم است؛ یعنی همان معنای سوم که شیخ فرمود اگر کلام وجود داشته باشد اثر حلّیت یا حرمت را دارد و اگر وجود نداشته باشد طبیعی است که دیگر این آثار هم مترتب نمی شود. به همین خاطر امام علیه السلام - در روایت خالد بن نجیح یا خالد بن الحجاج سؤال می کنند که چگونه کلام ابراز شده است؟ اگر کلامی که ایجاب بیع می کند ادا شده باشد محرّم است و الا کلام دیگر محرّم نیست.

حصر مذکور در روایت هم می خواهد بیان کند: این چنین نیست که کلام ها با مضامین مختلف همه یک حکم داشته باشند، بلکه در بین کلام ها با مضامین مختلف، فقط کلامی با مضمون خاصش که در شرع یا نزد عرف و عقلاء مشخص است می تواند محلّل یا محرّم باشد. بنابراین روایت مبارکه اصلاً نظری به فعل یا قصد ندارد و متعرض این نیست که اگر فعل مانند کلام ظهور در مطلب داشت اثری ندارد. لذا اگر امام علیه السلام - بعد از جمله ی «إِنَّمَا یُحَلِّلُ الْکَلَامُ وَ یُحَرِّمُ الْکَلَامُ» چنین می فرمودند که «فعل نیز اگر ظهور داشته باشد مُحلّل و مُحرّم است» آن را به عنوان مخصّص و مقید برای «إِنَّمَا یُحَلِّلُ الْکَلَامُ وَ یُحَرِّمُ الْکَلَامُ» حساب نمی کردیم، بلکه می گفتیم حضرت دو موضوع شبیه به هم را ذکر می فرمایند.

بنابراین این که جناب شیخ فرمودند «لا تخلو الروایه عن إشعار أو ظهور»

۱- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص۶۴.

معلوم شد که روایت چنین ظهوری ندارد و امّا «إشعار» گرچه قابل انکار نیست ولی حجیتی ندارد.

إشعار روایات دیگر بر بطلان معاطات

اشاره

شیخ - رحمه الله علیه - روایات دیگری را نیز که به نظر ایشان إشعار به بطلان معاطات و لزوم کلام در بیع دارد ذکر می کنند.(۱)

صحیحه ی یحیی بن الحجاج:

وَ عَنْهُ [محمّد بن الحسن بإسناده(۲) عن أحمد بن محمّد] عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عِیسَی عَنْ یَحْیَی بْنِ الْحَجَّاجِ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام - عَنْ رَجُلٍ قَالَ لِی اشْتَرِ هَذَا الثَّوْبَ وَ هَذِهِ الدَّابَّهَ وَ بِعْنِیهَا(۳) أُرْبِحْکَ فِیهَا کَذَا وَ کَذَا قَالَ: لَا

۱- همان: و کیف کان، فلا تخلو الروایه عن إشعار أو ظهور. کما یشعر به قوله علیه السلام فی روایه أُخری وارده فی هذا الحکم أیضاً، و هی روایه یحیی بن الحجّاج عن أبی عبد اللّه علیه السلام: «عن رجلٍ قال لی: اشتر لی هذا الثوب أو هذه الدابّه، و بعنیها أُربحک فیها کذا و کذا؟ قال: لا بأس بذلک، اشترها، و لا تواجبه البیع قبل أن تستوجبها أو تشتریها»؛ فإنّ الظاهر أنّ المراد من مواجبه البیع لیس مجرّد إعطاء العین للمشتری. و یشعر به أیضاً روایه العلاء الوارده فی نسبه الربح إلی أصل المال، قال: «قلت لأبی عبد اللّه علیه السلام: الرجل یرید أن یبیع بیعاً فیقول: أبیعک بده دوازده، [أو ده یازده]؟ فقال: لا بأس، إنّما هذه "المراوضه" فإذا جمع البیع جعله جمله واحده»؛ فإنّ ظاهره علی ما فهمه بعض الشرّاح: أنّه لا یکره ذلک فی المقاوله التی قبل العقد، و إنّما یکره حین العقد. و فی صحیحه ابن سنان: «لا بأس بأن تبیع الرجل المتاع لیس عندک، تساومه ثمّ تشتری له نحو الذی طلب، ثمّ توجبه علی نفسک، ثمّ تبیعه منه بعد»

۲- ظاهراً مراد از احمد بن محمد، احمد بن محمد بن عیسی و مراد از محمد بن عیسی پدرش است که هر دو ثقه بوده و سند شیخ به احمد بن محمد بن عیسی تمام است.

۳- در تهذیب، وافی و ملاذ الاخیار «بِعْنِیها» و در کافی «یُعَیِّنُها» دارد.

بَأْسَ بِذَلِکَ اشْتَرِهَا وَ لَا تُوَاجِبْهُ الْبَیْعَ(۱) قَبْلَ أَنْ تَسْتَوْجِبَهَا أَوْ تَشْتَرِیَهَا.(۲)

مُحَمَّدُ بْنُ یَعْقُوبَ(۳) عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ یَحْیَی عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ مِثْلَهُ.(۴)

این روایت از لحاظ سند تمام است.

یحیی بن الحجاج می گوید: از امام صادق علیه السلام - درباره ی شخصی که می گوید: این پارچه و این دابّه را بخر و به من بفروش، این قدر به تو سود می دهم سؤال کردم، حضرت فرمودند: اشکالی ندارد، امّا قبل از این که تو آن را از بایع بخری(۵) ایجاب بیع نکن!

۱- مرآه العقول فی شرح أخبار آل الرسول، ج ۱۹، ص۲۱۷: قوله علیه السلام:" و لا تواجبه البیع " أی لا تبعه قبل الشراء لأنه بیع ما لم یملک بل عده بأن تبیعه بعد الشراء. و التردید فی قوله" أو تشتریها" لعله من الراوی.

۲- ملاذ الأخیار فی فهم تهذیب الأخبار، ج ۱۰، ص۵۸۴: قوله: أو تشتریها التردید من الراوی.

۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص۱۹۸: مُحَمَّدُ بْنُ یَحْیَی عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عِیسَی عَنْ یَحْیَی بْنِ الْحَجَّاجِ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام - عَنْ رَجُلٍ قَالَ لِیَ اشْتَرِ لِی هَذَا الثَّوْبَ وَ هَذِهِ الدَّابَّهَ وَ یُعَیِّنُهَا وَ أُرْبِحَکَ فِیهَا کَذَا وَ کَذَا قَالَ: لَا بَأْسَ بِذَلِکَ قَالَ: لَیَشْتَرِیهَا وَ لَا تُوَاجِبْهُ الْبَیْعَ- قَبْلَ أَنْ یَسْتَوْجِبَهَا أَوْ تَشْتَرِیَهَا.

۴- وسائل الشیعه، ج ۱۸، کتاب التجاره، ابواب احکام العقود، باب۸، ح۱۳، ص۵۲؛ تهذیب الاحکام، ج۷، ص۵۸ و الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص۱۹۸.

۵- در این که مراد از تردید در «قَبْلَ أَنْ تَسْتَوْجِبَهَا أَوْ تَشْتَرِیَهَا» چیست بعضی گفته اند: شاید اشاره به این است که «تستوجبها» یعنی تو ابتدا از بایع طلب ایجاب می کنی و می خواهی که به تو بفروشد؛ یعنی به او می گویی «بِعنیها» آن وقت که بایع گفت «بعتک» می گویی «قبلتُ یا اشتریتُ»، ولی «تَشْتَرِیَهَا» یعنی فروشنده آماده ی فروش است و می گوید «بعتک» که تو هم می گویی قبول کردم و خریدم. • حاشیه المکاسب (للإیروانی)، ج ۱، ص۸۲: لعلّه إشاره إلی قسمی الشراء و هو الشراء بالإیجاب من البائع و القبول من المشتری و الشّراء بالاستیجاب من المشتری و الإیجاب من البائع فیقول المشتری للبائع بعینه فیقول بعتک فتکون الرّوایه علیه دلیلا علی انعقاد البیع بالاستیجاب و الإیجاب.

جناب شیخ - رحمه الله علیه - در مورد نحوه ی إشعار روایت بر بطلان معاطات می فرماید: «فإنّ الظاهر أنّ المراد من مواجبه البیع لیس مجرّد إعطاء العین للمشتری»؛ یعنی این که حضرت می فرماید «لَا تُوَاجِبْهُ الْبَیْعَ قَبْلَ أَنْ تَسْتَوْجِبَهَا» [منظورشان از ایجاب بیع، صرف إعطاء عین به مشتری نیست(۱)، بلکه] ظاهر آن است که ایجاب با لفظ محقق می شود و لفظ است که بیع را قطعی می کند. پس معلوم می شود معاطات، بیعی که شرعاً صحیح باشد نیست.

ولی حقیقت آن است که ایجاب بیع حتی إشعار به لزوم لفظ هم ندارد؛ چه رسد به این که ظاهر در آن باشد! بله ممکن است در جایی «ایجاب» منصرف به لفظ باشد، ولی در مثل چنین جایی انصراف ندارد و عرف از این کلام این را می فهمد که قبل از خرید از بایع، نباید به نحو قطعی با مشتری إنشاء بیع کرد و فرضاً اگر در مورد روایت، ایجاب بیع فقط با لفظ ممکن باشد هیچ إشعاری ندارد که در جای دیگر نیز باید لفظ باشد؛ زیرا حضرت به صورت قاعده ی کلی فرمودند «وَ لَا تُوَاجِبْهُ الْبَیْعَ قَبْلَ أَنْ تَسْتَوْجِبَهَا أَوْ تَشْتَرِیَهَا» و اختصاص به مورد ندارد.

صحیحه ی علاء بن رزین:

وَ عَنْهُ [مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَیْنِ بْنِ سَعِیدٍ] عَنْ صَفْوَانَ عَنْ فَضَالَهَ عَنِ الْعَلَاءِ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِی عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام - الرَّجُلُ یَبِیعُ الْبَیْعَ فَیَقُولُ: أَبِیعُکَ بِده دوازده أَوْ ده یازده فَقَالَ: لَا بَأْسَ إِنَّمَا هَذِهِ

۱- درست است که مراد حضرت، صرف إعطاء عین به مشتری نیست؛ چراکه صرف إعطاء عین به مشتری که مشکلی ایجاد نمی کند، آن چه که ایجاد مشکل می کند ایجاب بیع است، ولی پاسخ آن است که ایجاب بیع با إعطاء نیز می تواند محقق شود، لذا لزومی ندارد حتماً با لفظ باشد. پس اگر با إعطاء، قصد ایجاب داشته باشد ایجاب محقق می شود و در این صورت دیگر صرف إعطاء نیست، بلکه ایجاب به نحو إعطاء است. (امیرخانی)

الْمُرَاوَضَهُ(۱) فَإِذَا جَمَعَ(۲) الْبَيْعَ جَعَلَهُ جُمْلَهً وَاحِدَهً.

وَ رَوَاهُ الْحِمْيَرِيُّ(۳) فِی قُرْبِ الْإِسْنَادِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ خَالِدٍ الطَّيَالِسِيِّ عَنِ الْعَلَاءِ مِثْلَهُ إِلَّا أَنَّهُ قَالَ: لَا بَأْسَ إِنَّمَا هُوَ الْبَيْعُ يَجْعَلُهُ جُمْلَهً وَاحِدَه.(۴)

روايت از لحاظ سند تمام بوده و صحيحه است.

علاء بن رزين می گويد: خدمت امام صادق عليه السلام - عرض كردم شخصی چيزی را می فروشد و به مشتری می گويد: من اين را به ده دوازده يا ده يازده به تو می فروشم [يعنی هر ده تومانی دو تومان يا يک تومان سود می گيرم] حضرت فرمودند: اشكالی ندارد، اين مراوضه و حرف های قبل از بيع است كه قيمت را بالا و پايين می كنند. اگر خواست عزم بيع كند جمع كند.(۵)

۱- تاج العروس، ج ۱۰، ص۷۲: و الْمُرَاوَضَهُ المَكْرُوهَهُ فی الأَثَرِ المَرْوِیّ عن سَعِيدِ بن الْمُسَيِّب: أَنْ تُوَاصِفَ الرَّجُلَ بالسِّلْعَهِ لَيْسَتْ عِنْدَكَ. و هی بَيْعُ الْمُوَاصَفَه، هكذا فَسَّرَهُ شَمِرٌ. و فی اللّسَان: و بَعْضُ الْفُقَهَاءِ يُجِيزُهُ إذا وَافَقَتِ السِّلْعَهُ الصِّفَه. • نهج الفقاهه، ص۵۶: قوله: المراوضه؛ مأخوذ من قولهم: حتی نتراوض علی أمر، أی نستقر عليه. • ملاذ الأخيار فی فهم تهذيب الأخبار، ج ۱۰، ص۵۷۳: قوله عليه السلام: إنما هذه المراوضه قال فی النهايه: فی حديث طلحه «فتراوضنا حتی اضطرب منی» أی تجاذبنا فی البيع و الشراء، و هی ما يجری بين المتبايعين من الزياده و النقصان، كان كل واحد منهما يروض صاحبه، من رياضه الدابه. و قيل: هو المواصفه بالسلعه و هو أن يصفها و يمدحها عنده.

۲- المراد بجمع البيع هو العزم عليه، يعنی فإذا عزم علی البيع جعل رأس المال و الربح جمله واحده، و يسمّيها.

۳- قرب الإسناد (ط - الحديثه)، متن، ص۲۹: مُحَمَّدُ بْنُ خَالِدٍ الطَّيَالِسِيُّ، عَنِ الْعَلَاءِ قَالَ:: قُلْتُ لِأَبِی عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: الرَّجُلُ يُرِيدُ أَنْ يَبِيعَ الْبَيْعَ فَيَقُولُ: أَبِيعُكَ بِدَهْ يَازْدَهْ أَوْ دَهْ دَوَازْدَهْ؟ قَالَ: «لَا بَأْسَ، إِنَّمَا هُوَ الْبَيْعُ، فَإِذَا جَمَعَ الْبَيْعَ يَجْعَلُهُ جُمْلَهً وَاحِدَه».

۴- وسائل الشيعه، ج ۱۸، كتاب التجاره، ابواب احكام العقود، باب۱۴، ح۵، ص۶۳ و تهذيب الاحكام، ج۷، ص۵۴.

۵- يعنی به اصطلاح يک كاسه كند، نه اين كه بگويد هر ده تومان دو تومان سود می گيرم، بلكه سود و سرمايه را روی هم بكشد؛ مثلاً اگر صد تومان خريده و هر ده تومان، دو تومان می خواهد سود بگيرد بگويد صد و بيست تومان می فروشم. بعضی، روايت را به گونه ی ديگر معنا كرده و گفته اند مراد اين است كه موقع ايجاب بيع بايد يا به ده دوازده بفروشد يا به ده يازده و ترديد نبايد باشد. ولی ظاهراً مراد اين است كه موقع ايجاب بيع نگويد هر تومانی اين مقدار سود می خواهم، بلكه سود و سرمايه را يک كاسه كند و بفروشد تا اگر احياناً كم يا زياد شد يا شيطان وسوسه كرد و قيمت خريد را بيشتر گفت، معامله دچار اشكال نشود. به همين خاطر گفته اند چنين معامله ای مكروه است.

مرحوم شیخ می فرماید: «فإنّ ظاهره علی ما فهمه بعض الشرّاح(۱) أنّه لا ـ یکره ذلک فی المقاوله التی قبل العقد، و إنّما یکره حین العقد»؛ یعنی ظاهرش این است که مقاوله ی قبل از بیع به ده دوازده یا ده یازده مانعی ندارد، ولی وقتی خواستند ایجاب بیع کنند به صورت مجموع و یک کاسه کنند و این فقط با لفظ امکان پذیر است و با فعل نمی توان یک کاسه کرد.(۲)

ولی این کلام درست نیست؛ چون مجموع به صورت واحد را به غیر لفظ نیز می توان ادا کرد؛ مثلاً با اشاره بفهمانَد مبیع را در مقابل پول هایی که در دست مشتری است فروختم و مبیع را بدهد و پول ها را بگیرد. بنابراین روایت إشعاری به لزوم لفظ در تحقق بیع ندارد.

صحیحه ی ابن سنان:

مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنِ النَّضْرِ عَنِ ابْنِ

۱- هو المحدّث الکاشانی قدس سره - فی الوافی، ج ۱۸، ص۶۹۳: یعنی لا ـ یکره ذکر ذلک فی المقاوله التی تکون قبل العقد إنما یکره حین البیع.

۲- به عبارت دیگر اگر ایجاب بیع با معاطات صورت گیرد باید طبق آن چه که مقاوله کرده اند معاطات کنند، ولی روایت می فرماید موقع ایجاب بیع «جملةً واحده» کنند که این فقط با لفظ امکان دارد؛ چون در بیع بالصیغه است که ایجاب می تواند با مقاوله متغایر باشد، به خلاف معاطات که مطابق آن چه که مقاوله می کنند بیع را با فعل ایجاد می کنند. (امیرخانی)

سِنَانٍ عَنْ أَبِی عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام - قَالَ: لَا بَأْسَ بِأَنْ تَبِیعَ(۱) الرَّجُلَ الْمَتَاعَ لَیْسَ عِنْدَکَ تُسَاوِمُهُ(۲) ثُمَّ تَشْتَرِی(۳) لَهُ نَحْوَ الَّذِی طَلَبَ ثُمَّ تُوجِبُهُ عَلَی نَفْسِکَ ثُمَّ تَبِیعُهُ مِنْهُ بَعْدُ.

وَ رَوَاهُ الْکُلَیْنِیُّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ یَحْیَی عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ الْحُسَیْنِ بْنِ سَعِیدٍ مِثْلَه.(۴)

عبد الله بن سنان از امام صادق علیه السلام - نقل می کند که فرمودند: مانعی ندارد متاعی را که پیشت نیست به کسی بفروشی، [یعنی] قیمت را با او صحبت می کنی و بالا و پایین می کنی، وقتی تجاذب کردید و به توافق رسیدید، می روی آن متاع را به همان نحوی که او خواسته بود می خری [یعنی با بایع صحبت می کنی و به توافق می رسی] سپس ایجاب قطعی را انجام می دهی، و بعد از این که مالک شدی به آن مشتری می فروشی.

جناب شیخ - رحمه الله علیه - از عبارت «ثُمَّ تُوجِبُهُ عَلَی نَفْسِکَ» می خواهند استفاده کنند که در بیع ایجاب لازم است و ایجاب هم با لفظ محقق می شود؛ نه با فعل.

۱- به قرینه ی «تساومه» و «ثم تبیعه منه بعد» معلوم می شود مراد از «تبیع» ایجاب بیع نیست، بلکه مراد همان «تساومه» است.

۲- قال ابن الأثیر: «المساومه: المجاذبه بین البائع و المشتری علی السلعه و فصل ثمنها». و قال الشهید قدس سره: «البیع بغیر إخبار برأس المال مساومه، و هی أفضل من باقی الأقسام، و بالإخبار مع الزیاده مرابحه، و مع النقیصه مواضعه، و مع المساواه تولیه، و إعطاء البعض تشریک». راجع: النهایه، ج۲، ص۴۲۵ و الدروس الشرعیّه، ج۳، ص۲۱۸، الدرس۲۴۴.

۳- «تشتری» به قرینه ی «ثم توجبه علی نفسک» به این معناست که با بایع صحبت می کنی و به توافق می رسی.

۴- وسائل الشیعه، ج ۱۸، کتاب التجاره، ابواب احکام العقود، باب۸، ح۱، ص۴۸؛ تهذیب الاحکام، ج۷، ص۴۹ و الکافی، ج۵، ص۲۰۱.

ولی بیان کردیم ایجاب با فعل هم می تواند محقق شود و لازم نیست حتماً با لفظ باشد و فرضاً اگر انصراف به لفظ داشته باشد این انصراف بدوی است و با تأمّل و تدبر مرتفع می شود. بنابراین این روایت نیز إشعاری به لزوم لفظ در بیع و در نتیجه بطلان معاطات ندارد و اگر هم از آن استشعار شود آن قدر ضعیف است که قابل اعتناء نیست.

این ها روایاتی بود که جناب شیخ بیان کردند إشعار به لزوم لفظ در بیع دارد. روایات دیگری که محتمل است کسی به آن استناد کند را نیز بعضی(۱) ذکر کرده اند، از جمله:

موثقه ی سماعه:

و [محمد بن یعقوب] عن عِدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عُثْمَانَ بْنِ عِيسَى عَنْ سَمَاعَةَ عَنْ أَبِی عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام - قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ بَيْعِ الْمَصَاحِفِ وَ شِرَائِهَا فَقَالَ لَا تَشْتَرِ كِتَابَ اللَّهِ عَزَّوَ جَلَّ وَ لَكِنِ اشْتَرِ الْحَدِيدَ وَ الْوَرَقَ وَ الدَّفَّتَيْنِ وَ قُلْ أَشْتَرِی مِنْكَ هَذَا بِكَذَا وَ كَذَا.(۲)

۱- غایه الآمال فی شرح کتاب المکاسب، ج ۲، ص۱۸۳: و امّا ما وقع فی بعض الاخبار الناهیه من بیع المصحف من قوله (علیه السلام) لا تشتر کلام اللّه و لکن اشتر الجلد و الحدید و الدّقه و قل اشتری منک هذا بکذا فلمنع الدلاله علی توقف الصّحه أو اللّزوم علی القول المذکور لأجل تحقق البیع بل انّما هو لأجل تعیین المبیع فی مقام لا یمکن تقیینه الا باللّفظ و این هذا من مدّعاه و امّا الصّحیح المشتمل علی بیع أطنان القصب فلانه لا یدلّ علی حصر البیع فیما کان مشتملا علی الإیجاب و القبول غایه ما فی الباب ان ما ذکر فیه أحد أفراد البیع و نحن لا نأبی من ذلک و امّا استصحاب بقاء ملک المالک الأوّل لو فرض وقوع الشّک فی بقائه فلان الأصل لا یقاوم الدّلیل و قد بیّنا ما فیه کفایه.

۲- وسائل الشیعه، ج۱۷، کتاب التجاره، ابواب ما یکتسب به، باب۳۱، ح۲،ص۱۵۸ و الکافی، ج۵، ص۱۲۱.

در این روایت امام علیه السلام - در مورد بیع مصحف فرمودند کتاب الله را نخر، بلکه آهن(۱)، ورق و دو جلد را بخر و بگو: من آهن، ورق و دو جلد را از تو به این قیمت می خرم.

این که حضرت در مقام تعلیم بیع و شراء فرمودند در مقام إنشاء این طور بگو، معلوم می شود که در بیع وضعاً قول شرط است و الا حضرت نمی فرمودند که این چنین بگو. و از آن جا که بیع مصحف از حیث بیع تفاوتی با بیوع دیگر ندارد پس استفاده می شود در تمام بیوع لفظ لازم است و بیع معاطاتی صحیح نیست.

ولی این روایت نیز دلالتی بر مدعا ندارد؛ زیرا این که حضرت فرمودند چنین بگو، به این خاطر بوده که [بیع بالصیغه] مصداق رایج بیع است و معمولاً ـ معامله با لفظ انجام می شود؛ خصوصاً ـ نسبت به مورد که حضرت می خواستند به او یاد دهند که مجموعه را تحت معامله نبرد، بلکه تفکیک کرده و فقط بخشی را با بیع بخرد، و ابراز این مقصود با معاطات یا ممکن نیست یا مشکل است، به همین خاطر فرمودند چنین بگو. لذا نظری به مواردی که به صورت یک مجموع واحد می خرد و ابراز آن با معاطات آسان است ندارد.

صحیحه ی برید بن معاویه:

الْحَسَنُ بْنُ مَحْبُوبٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ رِئَابٍ عَنْ بُرَيْدِ بْنِ مُعَاوِيَةَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام - فِي رَجُلٍ اشْتَرَى مِنْ رَجُلٍ عَشَرَةَ آلَافِ طُنِ (۲) قَصَبٍ فِي أَنْبَارٍ بَعْضِهِ عَلَى بَعْضٍ مِنْ أَجَمَةٍ وَاحِدَةٍ وَ الْأَنْبَارُ فِيهِ ثَلَاثُونَ أَلْفَ طُنٍّ

۱- ظاهراً آن زمان ها که صحافی می کردند آهن نیز در آن به کار می بردند.

۲- تاج العروس من جواهر القاموس، ج ۱۸، ص۳۵۹: و الطُّنُّ: حُزْمَةُ القَصَبِ و الحَطَبِ.

فَقَالَ الْبَائِعُ قَدْ بِعْتُکَ مِنْ هَذَا الْقَصَبِ عَشَرَهَ آلَافِ طُنٍ فَقَالَ الْمُشْتَرِی قَدْ قَبِلْتُ وَ اشْتَرَیْتُ وَ رَضِیتُ فَأَعْطَاهُ مِنْ ثَمَنِهِ أَلْفَ دِرْهَمٍ وَ وَکَّلَ الْمُشْتَرِی مَنْ یَقْبِضُهُ فَأَصْبَحُوا وَ قَدْ وَقَعَ النَّارُ فِی الْقَصَبِ فَاحْتَرَقَ مِنْهُ عِشْرُونَ أَلْفَ طُنٍّ وَ بَقِیَ عَشَرَهُ آلَافِ طُنٍ فَقَالَ الْعَشَرَهُ آلَافِ طُنٍّ الَّتِی بَقِیَتْ هِیَ لِلْمُشْتَرِی وَ الْعِشْرُونَ الَّتِی احْتَرَقَتْ مِنْ مَالِ الْبَائِعِ.(۱)

برید بن معاویه از امام صادق علیه السلام - نقل می کند درباره ی کسی که ده هزار بسته نِی در انباری که از یک نیستان روی هم انباشته شده بود و در آن سی هزار بسته بود خرید، پس بایع گفت: از این نی ها ده هزار نی به تو فروختم و مشتری نیز گفت: قبول کردم و خریدم و راضی شدم و ثمن آن را که هزار درهم بود پرداخت کرد و مشتری کسی را موکّل کرد که نی ها را قبض کند، ولی صبح که رفتند دیدند آتش در نی ها افتاده و بیست هزار بسته از آن سوخته و ده هزار باقی مانده است، حضرت فرمودند: ده هزار بسته نی که باقی مانده برای مشتری است و بیست هزار بسته ای که سوخته از مال بایع می باشد.

استدلال به این روایت نیز نظیر روایت سابق است که بیان می کند بایع هنگام ایجاب بیع با لفظ می گوید: ده هزار نی فروختم و مشتری نیز با لفظ می گوید قبول کردم و خریدم، پس معلوم می شود در إنشاء بیع، لفظ لازم است.

پاسخ به این استدلال نیز مانند پاسخ به استدلال به روایت سابق است و آن این که بیع بالصیغه مصداقی از مصادیق بیع است و مفهوم ندارد تا مصادیق دیگر إنشاء را ردّ کند. علاوه آن که مشتری چون ده هزار بسته از سی هزار بسته نی موجود در انبار یعنی به نحو کلی در معین می خواست، ابراز آن جز با لفظ مشکل بوده است.

چند روایت دیگر نیز وجود دارد که بنابر بعضی تفاسیر می تواند دلیل خوبی

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق خرسان)، ج ۷، ص۱۲۶.

برای مخالفین صحّت معاطات باشد. آن روایات، روایات مختلفی است که از عامه نقل شده و بیان می کند رسول الله- صلی الله علیه و آله و سلم - از بیع ملامسه، منابذه و حصاه نهی فرموده است و در مجامع شیعه نیز در معانی الأخبار هر سه مطلب یک جا منعکس شده است:

حدیث مناهی:

أخبرنی أبو الحسین محمد بن هارون الزنجانی قال: حدثنا علی بن عبد العزیز عن أبی عبید القاسم بن سلام بأسانید متصله إلی النبی- صلی الله علیه و آله و سلم - فی أخبار متفرقه أَنَّهُ نَهَی عَنِ الْمُحَاقَلَهِ وَ الْمُزَابَنَهِ ... وَ نَهَی- صلی الله علیه و آله و سلم - عَنِ الْمُنَابَذَهِ وَ الْمُلَامَسَهِ وَ بَیْعِ الْحَصَاهِ.(۱)

«ففی کل واحده منها قولان: أما المنابذه فیقال: إنها أن یقول الرجل لصاحبه انبذ إلی الثوب أو غیره من المتاع أو أنبذه إلیک و قد وجب البیع بکذا و کذا و یقال إنما هو أن یقول الرجل إذا نبذت الحصاه فقد وجب البیع و هو معنی قوله إنه نهی عن بیع الحصاه و الملامسه أن تقول إذا لمست ثوبی أو لمست ثوبک فقد وجب البیع بکذا و کذا و یقال بل هو أن یلمس المتاع من وراء الثوب و لا ینظر إلیه فیقع البیع علی ذلک و هذه بیوع کان أهل الجاهلیه یتبایعونها فنهی رسول الله- صلی الله علیه و آله و سلم - عنها لأنها غرر کلها.»(۲)

۱- معانی الأخبار، ص۲۷۷.

۲- این توضیحات ظاهراً از جناب صدوق قدس سره - بوده و جزء روایت نیست. در دعائم الإسلام، ج ۲، ص۲۱ نیز آمده است: وَ عَنْهُ۹ أَنَّهُ نَهَی عَنْ بَیْعِ الْمُلَامَسَهِ وَ الْمُنَابَذَهِ وَ طَرْحِ الْحَصَی. فأما الملامسه فقد اختلف فی معناها و قال قوم هو بیع الثوب مدروجا یلمس بالید و لا ینشر و لا یری داخله و قال آخرون هو الثوب یقول البائع أبیعک هذا الثوب علی أن نظرک إلیه اللمس بیدک و لا خیار لک إذا نظرت إلیه و قال آخرون هو أن یقول إذا لمست ثوبی فقد وجب البیع بینی و بینک و قال آخرون هو أن یلمس المتاع من وراء ستر و کل هذه المعانی قریب بعضها من بعض و إذا وقع البیع علیها فسد و اختلفوا أیضا فی المنابذه فقال قوم هی أن ینبذ الرجل الثوب إلی رجل و ینبذ إلیه الآخر ثوبا یقول هذا بهذا من غیر تقلیب و لا نظر. و قال آخرون هو أن ینظر الرجل إلی الثوب فی ید الرجل مطویا فیقول أشتری هذا منک فإذا نبذته إلی فقد تم البیع بیننا و لا خیار لواحد و قال قوم المنابذه و طرح الحصی بمعنی واحد و هو بیع کانوا یتبایعونه فی الجاهلیه یجعلون عقد البیع بینهم طرح حصاه یرمون بها من غیر لفظ من بائع و لا مشتر ینعقد به البیع و کل هذه الوجوه من البیوع الفاسده.

منابـذه یعنی بـایع بـا پرتـاب جنسـی به سوی مشتری معامله را قطعی کنـد و ملامسه یعنی با دست گذاشـتن روی جنس و لمس کردن آن معامله قطعی شود و بیع حصاه یعنی با انداختن سنگ ریزه روی مبیع، بیع قطعی شود.

این که حضـرت از این سه نوع بیع انداختن، دست گذاشـتن و انداختن سـنگ ریزه که قریب به هم هسـتند نهی فرمودند معلوم می شود این سه خصوصـیتی نداشته و از این جهت که دالّ بر بیع فعل بوده است مورد نهی قرار گرفته و این عبارتٌ اخرای آن است که إنشاء باید به لفظ باشد. پس هر فعلی که دالّ بر بیع باشد مورد نهی بوده و بیع با آن محقق نمی شود. بنابراین معاطات هم که مصـداقی از مصـادیق إنشـاء بیع بـا فعـل است باطل می باشـد و احتمال این که بین انـداختن و إعطاء معمول فرق باشـد نیست و انداختن نیز نوعی معاطات محسوب می شود.

این اسـتدلال گرچه با بیانی که ذکر کردیم به نظر می رسـد تمام باشد ولی این معنای مذکور از بیع منابذه، ملامسه و حصاه از طریق معتبری به دست ما نرسـیده است فقط بعض عامه این گونه معنا کرده انـد آن چه محققان در معنای این سه نوع بیع گفته انـد آن است که نوعی غرر در این نوع معاملات بوده است؛ مثلاً بیع ملامسه این طور بوده که بـدون دیـدن مبیع و انتخاب آن، به صرف دست گذاشتن مشتری روی مبیعی در تاریکی یا با چشمان بسته، بیع محقق می شد و باید ثمن آن را به بایع پرداخت می کرد. یـا در منابـذه، وقتی بـایع چیزی را نزد یکی از مشتریـان می انـداخت بـدون آن که مشتری قبلاً آن را دیـده و انتخاب کرده باشد بیع

محسوب می شد. یا در بیع حصاه به صرف انداختن سنگ ریزه و خوردن آن به مبیعی که قبلاً تعریف و رؤیت نشده به نحوی که رافع غرر باشد بیع محقق می شد. معانی نزدیک به این معنا نیز برای این سه نوع بیع ذکر شده است.

بنابراین طبق این معنا روایت هیچ دلالتی بر بطلان بیع معاطاتی ندارد، مضاف به این که از لحاظ سند حتی به نحوی که در کتب خاصه نقل شده قابل اعتماد نیست.

فتحصّل از جمیع آن چه تا به حال ذکر کردیم این که عمومات و سیره دلالت بر صحت بیع معاطاتی دارد و دلیلی هم که عمومات و اطلاقات را تقیید کند وجود ندارد، لذا طبق قاعده باید بگوییم بیع معاطاتی مثل بیع بالصیغه در صورتی که مستجمع سایر شرائط معتبر در بیع باشد صحیح بوده و مفید لزوم است.

تنها دلیلی که می تواند ما را از این منع کند ادعای اجماع است که معاطات بیع نیست، بلکه اباحه ی تصرف است و فرضاً اگر معاطات موجب ملکیت شود مفید ملکیت لازمه نیست. این ادعای اجماع جناب شیخ قدس سره - را به تذبذب انداخته و باعث شده نتوانند تصمیم بگیرند که بیع مفید ملکیت لازمه است؛ لاسیما اگر هیچ لفظی در میان نباشد که قرینه بر اراده ی إنشاء از معاطات باشد.(۱)

۱- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص۵۶: و الحاصل: أنّ الحکم باللزوم فی مطلق الملک و فی خصوص البیع ممّا لا ینکر، إلّا أنّ الظاهر فیما نحن فیه قیام الإجماع علی عدم لزوم المعاطاه، بل ادّعاه صریحاً بعض الأساطین فی شرح القواعد، و یعضده الشهره المحقّقه، بل لم یوجد به قائل إلی زمان بعض متأخّری المتأخّرین، فإنّ العباره المحکیه عن المفید رحمه اللّه فی المقنعه لا تدلّ علی هذا القول کما عن المختلف الاعتراف به فإنّه قال: ینعقد البیع علی تراضٍ بین الاثنین فیما یملکان التبایع له إذا عرفاه جمیعاً، و تراضیا بالبیع، و تقابضا، و افترقا بالأبدان، انتهی. و یقوی إراده بیان شروط صحّه العقد الواقع بین اثنین و تأثیره فی اللزوم؛ و کأنّه لذلک حکی کاشف الرموز عن المفید و الشیخ رحمهما اللّه: أنّه لا بدّ فی البیع عندهما من لفظٍ مخصوص. و قد تقدّم دعوی الإجماع من الغنیه علی عدم کونها بیعاً، و هو نصّ فی عدم اللزوم، و لا یقدح کونه ظاهراً فی عدم الملکیه الذی لا نقول به. و عن جامع المقاصد: یعتبر اللفظ فی العقود اللازمه بالإجماع.

نظر مختار درباره ی ادعای اجماع بر بطلان معاطات

به نظر می رسد اجماعی که ادعا شده و نیز فتاوی و شهرت محصله که وجود دارد ناشی از همین روایات مذکور و شکل گرفتن این معنا در اذهان باشد که در تحقق إنشاء، لفظ لازم است و إنشاء بدون لفظ محقق نمی شود. یعنی روایاتی که جناب شیخ در حدّ استشعار بر لزوم لفظ در بیع پذیرفتند، مضاف به «إِنَّمَا يُحَلِّلُ الْكَلَامُ وَ يُحَرِّمُ الْكَلَامُ» قرینه ی ثابتی را در ذهن آقایان درست کرده و لذا جرأت نکردند فتوا دهند معاطات بیع بوده و تمام آثار بیع بالصیغه را دارد. چنان که در بعضی تعابیر هم آمده که اجماع است بر این که إنشاء بدون لفظ محقق نمی شود.

از طرف دیگر اجماع بر بطلان معاطات قائم نشده، بلکه بعضی ادعای اجماع کرده اند گرچه معاطات بیع نیست ولی مفید إباحه است و بعضی مثل شیخ طوسی قدس سره - فرموده اند از آن جا که دلیلی بر بیع بودن معاطات شرعاً وجود ندارد نمی توانیم احکام بیع بر آن جاری کنیم، ولی اجماع وجود دارد که حداقل مفید إباحه است.(۱)

بنابراین شیخ طوسی قدس سره - نفرمودند که اجماع بر بیع نبودن یا بطلان معاطات وجود دارد، بلکه فرمودند دلیل شرعی بر بیع بودن آن وجود ندارد و این ممکن است به این خاطر بوده که عمومات را کافی نمی دانستند و ممکن هم هست روایتی را مقید آن می دیدند. به هر حال برای اثبات بیع نبودن معاطات به اجماع تمسّک نکردند، بلکه فرمودند اجماع وجود دارد بر این که اگر معاطات بیع صحیح نباشد، قطعاً مفید اباحه است. بنابراین نمی توانیم بگوییم آن هایی که ادعای

۱- الخلاف، ج ۳، ص۴۱: دلیلنا: إن العقد حکم شرعی، و لا دلاله فی الشرع علی وجوده هاهنا، فیجب أن لا یثبت. فإما الاستباحه بذلک فهو مجمع علیه، لا یختلف العلماء فیها.

اجماع کرده انـد ادعای اجماع بر بطلان معاطات کرده انـد، بلکه ادعای اجماع کرده انـد که اگر معاطات بیع نباشد مفید إباحه است.

علاوه آن که از فرمایش شـیخ مفید قدس سـره - قبلاً اسـتظهاری کردیم و بعید نیست اطلاق کلام ایشان ظاهر در این باشد که معاطات بیع بوده و مفیـد لزوم است. از عبارت علامه - رحمه الله علیه - نیز که فرموده «الأشـهر عندنا: أنّه لا بدّ منها [الصـیغه] و لا تکفی المعاطاه فی الجلیل و الحقیر»(۱) [و عدم کفایت معاطات را به «اشـهر» نسبت داده، استفاده می شود در مقابل، مشهور ضعیف تر قائل به کفایت معاطات هستند؛ زیرا در مقابل اشهر، مشهور قرار دارد؛ نه شاذ.]

بنابراین اجماعی که علی نحو القطع کاشف از قول معصوم علیه السـلام - باشد ثابت نیست؛ چون اوّلاً: احتمال می دهیم استناد مجمعین به همین روایاتی که ذکر کردیم باشـد. ثانیاً: با اسـتظهار از کلام شـیخ طوسـی، کلام شـیخ مفید و کلام علامه۴ دیگر اجماع بر بطلان معاطات ثابت نیست.

نتیجه آن که معاطـات در نظر مـا بیع بوده و تمـام آثـار بیع بر آن مترتب است و هیـچ فرقی بـا بیع بالصـیغه نـدارد. البته احتیـاط لاسیّما در أشیاء غیر حقیره و به خصوص در جایی که اصلاً لفظی نباشد به جای خود محفوظ است.

۱- تذکره الفقهاء (ط - الحدیثه)، ج ۱۰، ص۷.

ص: ۶۳۳

تنبیهات معاطات

اشاره

تنبیه اوّل: آیا رعایت تمام شروط بیع بالصیغه در معاطات لازم است؟

تنبیه دوم: آیا معاطات با اعطاء از جانب واحد محقق می شود؟

تنبیه سوم: تمییز بایع از مشتری

تنبیه چهارم: وجوه چهارگانه ی معاطات به حسب قصد متعاطیین

تنبیه پنجم: جریان معاطات در غیر بیع

تنبیه ششم: مُلزِمات معاطات

تنبیه هفتم: جریان خیارات مختص به بیع در بیع معاطاتی

تنبیه هشتم: تحقق معاطات با صیغه ی غیر جامع جمیع شرایط

تنبیه اوّل: آیا رعایت تمام شروط بیع بالصیغه در معاطات لازم است؟

اشاره

تنبیه اوّل(۱) مربوط به این است که آیا در معاطات، شروط دیگر بیع بالصیغه مانند غرری نبودن، ربوی نبودن و ... لازم الرعایه است؟

پاسخ این سؤال را طبق فروض مختلف دنبال می کنیم:

فرض اوّل آن که متعاطیین قصد إباحه کرده اند، چنان که صاحب جواهر(۲) قدس سره - هم

۱- بعض از مباحث مربوط به تنبیهات که شیخ قدس سره - ذکر فرموده، طبق آن چه که ما اختیار کردیم جایگاهی ندارد، لذا از ذکر مطالبی که خود شیخ نیز قبول ندارد و فوائد جنبی قابل اعتنایی ندارد خودداری می کنیم.
۲- جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۲، ص۲۲۴: ... إلا أنه علی کل حال لا ریب فی أن حمل کلام قدماء الأصحاب علی ما ذکرناه، من أن مرادهم بیان قابلیه الأفعال للإباحه لو قصداها و أن ذلک مشروع دون التملیک البیعی مثلا خیر من ذلک، لا لصعوبه الجواب عنها، فإنک ستعرفه لو قرر الاعتراض بها علی الصوره الأولی، بل لأن الواقع خلافه، و غرابه نفس الدعوی و هی إثبات أمر غیر ما قصده المتبایعان بلا داع و لا دلیل، بل مقتضی الأدله جمیعها خلافه فلا بد من حمل مرادهم علی ما ذکرناه، لا أن مرادهم الإباحه فیما قصد به المتعاملان إنشاء البیع مثلا، بل لیس هو إلا الفساد حینئذ کما صرح به الفاضل فی النهایه، فما عساه یظهر من المتأخرین و متأخریهم من أن محل النزاع فیما قصد به البیع مثلا من الأفعال و غیر الأقوال المخصوصه مع جمیع شرائط البیع عدا الصیغه و أن المعظم یقولون بالإباحه فیه، و الکرکی و من تابعه بالبیع المتزلزل، و الفاضل فی النهایه بالبیع الفاسد کما تری، بل یمکن دعوی القطع بفساده بأدنی تأمل و أنه لا ینبغی أن ینسب إلی أصاغر الطلبه فضلا عن أعاظم الأصحاب و کبرائهم، بل لا مناص من القول بالفساد فیه لمن اشترط الصیغه فی الصحه، فضلا عمن جعله عباره عنها. نعم یشرع عنده التعاطی بقصد الإباحه علی معنی إباحه کل منهما التصرف للآخر علی جهه المعاوضه.

تصریح کردند که اصلاً محل کلام [قدماء] جایی است که متعاطیین قصد إباحه کرده باشند، گرچه ما گفتیم این حرف درست نیست و محل کلام جایی است که متعاطیین قصد ملکیت کرده و خواسته اند بیع را محقق کنند، نهایت این که شارع آن را امضاء نکرده و فرموده است بیع بدون صیغه محقق نمی شود. ولی به هر حال ممکن است افرادی با قصد إباحه معامله کنند.(۱)

اگر متعاطیین قصد إباحه کرده باشند معلوم است که اصلاً تعریف بیع بر آن صادق نیست؛ نه عرفاً و نه شرعاً، لذا شروط بیع در آن معتبر نیست. بنابراین در موارد شک در شرطیت چیزی در چنین إباحه ای که با تعاطی محقق می شود باید به دلیل و مدرک صحت این إباحه رجوع کرد. مدرک تصحیح چنین اباحه ای که اثر بر آن مترتب شود طبق ظاهر کلام شیخ(۲) – رحمه الله علیه – دو دلیل است که عبارتست از:

۱– المکاسب المحرمه (ط – الحدیثه)، ج ۳، ص۶۶: و ینبغی التنبیه علی أُمور: الأوّل الظاهر: أنّ المعاطاه قبل اللزوم علی القول بإفادتها الملک بیع، بل الظاهر من کلام المحقّق الثانی فی جامع المقاصد: أنّه ممّا لا کلام فیه حتی عند القائلین بکونها فاسده، کالعلّامه فی النهایه. و دلّ علی ذلک تمسّکهم له بقوله تعالی أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ. و أمّا علی القول بإفادتها للإباحه، فالظاهر: أنّها بیع عرفیّ لم یؤثّر شرعاً إلّا الإباحه، فنفی البیع عنها فی کلامهم و معاقد إجماعاتهم هو البیع المفید شرعاً اللزوم زیادهً علی الملک. هذا علی ما اخترناه سابقاً: من أنّ مقصود المتعاطیین فی المعاطاه التملّک و البیع، و أمّا علی ما احتمله بعضهم بل استظهره: من أنّ محلّ الکلام هو ما إذا قصدا مجرّد الإباحه، فلا إشکال فی عدم کونها بیعاً عرفاً، و لا شرعاً.
۲– همان: و علی هذا فلا بدّ عند الشکّ فی اعتبار شرط فیها من الرجوع إلی الأدلّه الدالّه علی صحّه هذه الإباحه العوضیّه من خصوصٍ أو عموم، و حیث إنّ المناسب لهذا القول التمسّک فی مشروعیّته بعموم: «الناس مسلّطون علی أموالهم» کان مقتضی القاعده هو نفی شرطیّه غیر ما ثبت شرطیّته، کما أنّه لو تمسّک لها بالسیره کان مقتضی القاعده العکس. و الحاصل: أنّ المرجع علی هذا عند الشکّ فی شروطها، هی أدلّه هذه المعامله، سواء اعتبرت فی البیع أم لا.

۱. روایت نبوی «الناس مسلطون علی اموالهم» که اطلاق آن شامل این نوع سلطنت که مال خود را به دیگری اباحه می کند در قبال این که او نیز مال خود را به وی اباحه کند می شود. حال اگر شک کردیم که آیا در صورت مثلاً غرری بودن نیز می توان چنین إباحه ای کرد یا نه، از اطلاق «الناس مسلطون علی أموالهم» استفاده می شود مانعی ندارد و اطلاق «نهی النبی- صلی الله علیه و آله و سلم - عن بیع الغرر»(۱) هم از آن جا که چنین اباحه ای بیع نیست شامل آن نمی شود و این که در بعضی السنه معروف شده «نهی النبی- صلی الله علیه و آله و سلم - عن الغرر» درست نیست؛ زیرا آن چه در روایات آمده این است که حضرت از بیع غرر نهی کرده اند؛ نه از مطلق غرر.

۱- عیون أخبار الرضا علیه السلام -، ج ۲، ص۴۵: وَ بِهَذَا الْإِسْنَادِ [حَدَّثَنَا أَبُو الْحَسَنِ مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيِّ بْنِ الشَّاهِ الْفَقِيهُ الْمَرْوَزِيُّ بِمَرْوَرُّودَ فِي دَارِهِ قَالَ حَدَّثَنَا أَبُو بَكْرِ بْنُ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ النَّيْسَابُورِيُّ قَالَ حَدَّثَنَا أَبُو الْقَاسِمِ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ أَحْمَدَ بْنِ عَامِرِ بْنِ سُلَيْمَانَ الطَّائِيُّ بِالْبَصْرَةِ قَالَ حَدَّثَنَا أَبِي فِي سَنَةِ سِتِّينَ وَ مِائَتَيْنِ قَالَ حَدَّثَنِي عَلِيُّ بْنُ مُوسَى الرِّضَا۸ سَنَةَ أَرْبَعٍ وَ تِسْعِينَ وَ مِائَةٍ وَ حَدَّثَنَا أَبُو مَنْصُورٍ أَحْمَدُ بْنُ إِبْرَاهِيمَ بْنِ بَكْرٍ الْخُورِيُّ بِنَيْسَابُورَ قَالَ حَدَّثَنَا أَبُو إِسْحَاقَ إِبْرَاهِيمُ بْنُ هَارُونَ بْنِ مُحَمَّدٍ الْخُورِيُّ قَالَ حَدَّثَنَا جَعْفَرُ بْنُ مُحَمَّدِ بْنِ زِيَادٍ الْفَقِيهُ الْخُورِيُّ بِنَيْسَابُورَ قَالَ حَدَّثَنَا أَحْمَدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ الْهَرَوِيُّ الشَّيْبَانِيُّ عَنِ الرِّضَا عَلِيِّ بْنِ مُوسَى۸ وَ حَدَّثَنِي أَبُو عَبْدِ اللَّهِ الْحُسَيْنُ بْنُ مُحَمَّدٍ الْأُشْنَانِيُّ الرَّازِيُّ الْعَدْلُ بِبَلْخٍ قَالَ حَدَّثَنَا عَلِيُّ بْنُ مُحَمَّدِ بْنِ مَهْرَوَيْهِ الْقَزْوِينِيُّ عَنْ دَاوُدَ بْنِ سُلَيْمَانَ الْفَرَّاءِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ مُوسَى الرِّضَا۸ قَالَ حَدَّثَنِي أَبِي مُوسَى بْنُ جَعْفَرٍ قَالَ حَدَّثَنِي أَبِي جَعْفَرُ بْنُ مُحَمَّدٍ قَالَ حَدَّثَنِي أَبِي مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ قَالَ حَدَّثَنِي أَبِي عَلِيُّ بْنُ الْحُسَيْنِ قَالَ حَدَّثَنِي أَبِي الْحُسَيْنُ بْنُ عَلِيٍّ قَالَ حَدَّثَنِي أَبِي عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ علیه السلام - عَنْ رَسُولِ اللَّهِ۹] عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ عَلِيٍّ۸ أَنَّهُ قَالَ خَطَبَنَا أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ علیه السلام - فَقَالَ: سَيَأْتِي عَلَى النَّاسِ زَمَانٌ عَضُوضٌ يَعَضُّ الْمُؤْمِنُ عَلَى مَا فِي يَدِهِ وَ لَمْ يُؤْمَنْ بِذَلِكَ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى وَ لا تَنْسَوُا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِما تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ وَ سَيَأْتِي زَمَانٌ يُقَدَّمُ فِيهِ الْأَشْرَارُ وَ يُنْسَى فِيهِ الْأَخْيَارُ وَ يُبَايَعُ الْمُضْطَرُّ وَ قَدْ نَهَى رَسُولُ اللَّهِ۹ عَنْ بَيْعِ الْمُضْطَرِّ وَ عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ فَاتَّقُوا اللَّهَ يَا أَيُّهَا النَّاسُ وَ أَصْلِحُوا ذاتَ بَيْنِكُمْ وَ احْفَظُونِي فِي أَهْلِي.

علی القاعده کسانی مثل سید خویی و مرحوم امام قدس سرهما - که در تمسک به این روایت نبوی «الناس مسلطون علی أموالهم» در تصحیح اصل معاطات اشکال داشتند و بیان کردند که روایت فقط در صدد بیان این است که «افراد از تصرف در اموالشان محجور نیستند، امّا این که چگونه می توانند تصرف کنند اطلاقی ندارد» در این جا نیز به این بیان شیخ قدس سره - اشکال می کنند که روایت از حیث اشتراط امری در صحت إباحه اطلاق ندارد و نمی توان با تمسّک به این روایت، عدم اشتراط را اثبات کرد.

ولی ما اطلاق روایت و دلالت آن بر عدم اشتراط امری در اباحه را قبول داریم، فقط از لحاظ سند می گوییم قابل اعتماد نیست.

۲. سیره ی غیر مردوعه ی عقلاء بر این قائم است که اموالشان را در مقابل اباحه به دیگری إباحه می کنند. مرحوم شیخ می فرماید اگر مدرک تصحیح إباحه سیره باشد نتیجه در مورد شک در اشتراط امری در صحت إباحه عکس می شود؛ زیرا سیره دلیل لبّی است و باید به قدر متیقن آن أخذ کرد؛ چراکه أدله ی لبّیه لسان ندارد و مقسمی را تحت حکم قرار نداده تا اطلاق داشته و بر موارد مشکوک قابل تطبیق باشد، لذا در موارد شک باید احتیاط کرد.

این فرمایش شیخ که اگر مدرک، سیره باشد باید به قدر متیقن اخذ کرد و در موارد شک احتیاط نمود متین می باشد.

غیر از این دو دلیل، دلیل دیگری که می تواند مصحّح إباحه باشد روایت شریف «لا یحل لاحد أن یتصرف فی مال أخیه إلا بإذنه» است؛ زیرا مستثنی بیان می کند تصرّف در مال دیگری با اذن وی مانعی ندارد. کسی که در مقابل إباحه، مالش را إباحه می کند در واقع اذن در تصرف داده، اذنی که مقید به إذن طرف مقابل است ولی از حیث های دیگر اطلاق داشته و شامل موارد مشکوک نیز می شود. بنابراین

در موارد شک در اشتراط امری در إباحه، می توانیم به اطلاق روایت تمسّک کرده و اشتراط آن را نفی کنیم. بله مواردی که یقین داریم شارع تصرفی را ولو با اذن مالک صحیح نمی داند و فرموده است این نوع تصرف اختصاص به مالک دارد از تحت این روایت خارج شده است؛ مثلاً اگر به مقتضای کریمه ی (إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ)(۱) قائل شدیم وطی جاریه فقط برای مالک جایز است، اگر مالک، جاریه را به کسی تحلیل کرد نمی تواند او را وطی کند. یا اگر دلیل قائم شد که «لا عتق الا فی ملک» اگر مالک إباحه ی در عتق هم داده باشد مباحٌ له نمی تواند عتق کند؛ چراکه این تصرف متوقف بر ملک است، مگر این که دلیل قائم شود بر این که در معاطات حتی عتق یا وطی هم جایز است، که در این صورت توجیه آن مثلاً به این است که بگوییم آناًما قبل از عتق یا وطی، ملک طرف مقابل می شود، لذا می تواند عتق یا وطی کند.

به هر حال در موارد شک در اشتراط امری در إباحه می توان به اطلاق روایت تمسّک کرد و اشتراط آن را نفی کرد؛ مثلاً اگر مورد إباحه غرری بود و شک کردیم غیر غرری بودن در اباحه لازم است یا خیر، می توانیم با تمسّک به اطلاق روایت بگوییم مانعی ندارد غرری باشد. به عنوان مثال إباحه ای که میزبان با دادن غذایی به مهمان می کند که نه میزبان می داند چقدر غذا جلوی مهمان گذاشته و نه مهمان می داند چقدر بناست بخورد و در نتیجه غرری است مانعی ندارد. در ما نحن فیه هم که اباحه ی در مقابل إباحه است حتی اگر دو طرف غرری باشد مانعی ندارد؛ زیرا اذن در تصرف هر یک از طرفین مقید به معلوم بودن و غرری نبودن آن نبوده و مشمول اطلاق «لا یحل لاحد أن یتصرف فی مال أخیه إلا بإذنه» می باشد.

۱- سوره ی مبارکه ی مؤمنون، آیه ی ۶.

به همین دلیل می گوییم ربا نیز در اباحه ی در مقابل إباحه فی الجمله مانعی ندارد؛ چون ربا یا ربای قرضی است یا ربای معاوضی. امّا ربای قرضی معلوم است که در إباحه ی در مقابل إباحه جاری نیست؛ چون اصلاً قرض نیست تا مبتلا به ربا شود. امّا ربای معاوضی اظهر آن است که در هر معاوضه ای جاری بوده و اختصاص به بیع ندارد و نباید مکیل و موزون در یکی بیشتر از دیگری باشد. لذا می گوییم اگر إباحه در مقابل اباحه، به نحوی باشد که صدق معاوضه بر آن کند و اجماع قائم شود که این إباحه در صورت تلف مقابلش تبدیل به معاوضه ی لازم می شود، در این صورت همان طور که شیخ(۱) قدس سره - فی الجمله اشاره کردند بعید نیست اطلاقات روایات ربا شاملش شود، هر چند ملکیتی که حاصل می شود متأخر است. امّا اگر چنین اجماعی وجود نداشت و صدق معاوضه بر آن نکرد دیگر ربا در آن جاری نیست؛ زیرا ربا مربوط به نقل و انتقال است و در إباحه ی در مقابل اباحه نقل و انتقالی صورت نگرفته، فقط طرفین اذن در تصرف داده اند.

هذا کلّه در فرض اوّل است که متعاطیین قصد اباحه کرده باشند.

فرض دوم آن است که متعاطیین قصد تملیک کرده و می خواهند بیع انجام دهند، آیا در چنین فرضی نیز تمام شروط بیع بالصیغه لازم الرعایه است؟

مرحوم شیخ در این فرض سه احتمال ذکر می کنند(۲):

۱- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص۷۲: و لو قلنا بأنّ المقصود للمتعاطیین الإباحه لا الملک، فلا یبعد أیضاً جریان الربا؛ لکونها معاوضه عرفاً، فتأمّل.

۲- همان: و أمّا علی المختار: من أنّ الکلام فیما قصد به البیع، فهل یشترط فیه شروط البیع مطلقاً، أم لا کذلک، أم یبتنی علی القول بإفادتها للملک، و القول بعدم إفادتها إلّا الإباحه؟ وجوه: یشهد للأوّل: کونها بیعاً عرفاً، فیشترط فیها جمیع ما دلّ علی اشتراطه فی البیع. و یؤیّده: أنّ محلّ النزاع بین العامّه و الخاصّه فی المعاطاه هو: أنّ الصیغه معتبره فی البیع کسائر الشرائط، أم لا؟ کما یفصح عنه عنوان المسأله فی کتب کثیرٍ من الخاصّه و العامّه فما انتفی فیه غیر الصیغه من شروط البیع، خارج عن هذا العنوان و إن فرض مشارکاً له فی الحکم؛ و لذا ادّعی فی الحدائق: أنّ المشهور بین القائلین بعدم لزوم المعاطاه: صحّه المعاطاه المذکوره إذا استکملت شروط البیع غیر الصیغه المخصوصه، و أنّها تفید إباحه تصرّف کلٍّ منهما فیما صار إلیه من العوض. و مقابل المشهور فی کلامه، قول العلّامه رحمه اللّه فی النهایه بفساد المعاطاه کما صرّح به بعد ذلک فلا یکون کلامه موهماً لثبوت الخلاف فی اشتراط صحّه المعاطاه باستجماع شرائط البیع. و یشهد للثانی: أنّ البیع فی النصّ و الفتوی ظاهر فیما حکم فیه باللزوم، و ثبت له الخیار فی قولهم: «البیّعان بالخیار ما لم یفترقا»، و نحوه. أمّا علی القول بالإباحه، فواضح؛ لأنّ المعاطاه لیست علی هذا القول بیعاً فی نظر الشارع و المتشرّعه؛ إذ لا نقل فیه عند الشارع، فإذا ثبت إطلاق الشارع علیه فی مقام، فنحمله علی الجری علی ما هو بیع باعتقاد العرف، لاشتماله علی النقل فی نظرهم، و قد تقدّم سابقاً فی تصحیح دعوی الإجماع علی عدم کون المعاطاه بیعاً بیان ذلک. و أمّا علی القول بالملک، فلأنّ المطلق ینصرف إلی الفرد المحکوم باللزوم فی قولهم: «البیّعان بالخیار»، و قولهم: «إنّ الأصل فی البیع اللزوم، و الخیار إنّما ثبت لدلیل»، و «أنّ البیع بقول مطلق من العقود اللازمه»، و قولهم:

«البيع هو العقـد الـدالّ على كـذا»، و نحو ذلك. و بالجمله، فلا يبقى للمتأمّل شكّ فى أنّ إطلاق البيع فى النصّ و الفتوى يراد به ما لا يجوز فسخه إلّا بفسخ عقده بخيار أو بتقايل. و وجه الثالث: ما تقدّم للثانى على القول بالإباحه، من سلب البيع عنه، و للأوّل على القول بالملك، من صـدق البيع عليه حينئـذٍ و إن لم يكن لازماً. و يمكن الفرق بين الشـرط الـذى ثبت اعتباره فى البيع من النصّ، فيحمـل على البيع العرفى و إن لم يفـد عنـد الشـارع إلّا الإبـاحه، و بين مـا ثبت بالإجمـاع على اعتبـاره فى البيع بنـاءً على انصـراف «البيع» فى كلمات المجمعين إلى العقد اللازم. و الاحتمال الأوّل لا يخلو عن قوّه؛ لكونها بيعاً ظاهراً على القول بالملك كما عرفت من جامع المقاصـد، و أمّا على القول بالإباحه؛ فلأنها لم تثبت إلّا فى المعامله الفاقده للصـيغه فقط، فلا تشـمل الفاقده للشرط الآخر أيضاً.

۱. شروط بیع بالصیغه مطلقاً لازم الرعایه است.

۲. شروط مشکوکه مطلقاً لازم الرعایه نیست.

۳. مبتنی است بر این که معاطات مفید إباحه است یا ملک؟

در صورتی که اثر معاطات با فرض این که متعاطیین قصد ملک کرده اند إباحه باشد، طبق قاعده باید معاطات فاسد باشد؛ زیرا شارع علی الفرض بیع بدون لفظ را صحیح ندانسته و آن را باطل اعلام کرده است، نهایت این که إجماع وجود دارد إفاده ی إباحه می کند. إجماع هم چون دلیل لُبّی است به مقدر متیقّن آن أخذ می شود؛ زیرا لفظی وجود ندارد که بر مورد مشکوک منطبق باشد تا به اطلاق آن تمسّک کنیم. بنابراین اگر معاطات واجد تمام شروط بیع بالصیغه باشد می توانیم بگوییم إجماع وجود دارد که مفید إباحه است، امّا اگر فاقد شرط مشکوکی باشد دیگر نمی توانیم ادعای إجماع بر إفاده ی إباحه کنیم، لذا طبق قاعده چنین معاطاتی فاسد بوده و هیچ اثری بر آن مترتب نمی باشد؛ زیرا علی الفرض شرط صحت بیع، لفظ است و معاطات فاقد لفظ بوده و تنها راه ثبوت إباحه یعنی اجماع نیز مفقود می باشد، لذا به مقتضای جریان استصحاب عدم نقل و انتقال و عدم تحقق معامله و این که اصل در معاملات فساد است حکم به فساد چنین معاطاتی می شود.

فرض سوم آن است که معاطات مفید مِلک متزلزل باشد، آیا در این فرض نیز لازم است واجد تمام شرائط بیع بالصیغه باشد؟

در این فرض نیز از آن جا که چنین معاطاتی بلاشبهه نزد عرف بیع است و شارع هم تصرفی در آن نکرده بر خلاف ادعای بعضی نهایت این که فرموده اگر فاقد لفظ بود مفید لزوم نیست، پس أدلّه ای که بیان می کند بیع باید فلان شروط را داشته باشد؛ مثلاً روایتی که بیان می کند «نهی النبی- صلی الله علیه و آله و سلم - عن بیع الغرر» شامل چنین معاطاتی می شود و ادعای این که روایت [از بیع مفید ملک غیر لازم منصرف بوده] و به بیعی که مفید مِلکیت لازمه است انصراف دارد ادعای قابل قبولی نیست. بنابراین طبق این مبنا نیز اگر معاطات فاقد بعض شروط معتبر در عقد لفظی بود صحیح نمی باشد و طبق قاعده محکوم به فساد است.

إن قلت: شروط معتبر در بیع بالصیغه دو قسم است؛ بعضی را عرف و عقلاء معتبر دانسته و شارع هم امضاء فرموده و بعضی را شارع خود تأسیس کرده و شرط صحت قرار داده است. اگر معاطاتی فاقد شرطی که اعتبارش به حکم عقلاء و عرف است باشد این حرف درست است که طبق قاعده محکوم به فساد است؛ چون معاطاتِ فاقد آن شرطِ عرفی و عقلائی اصلاً بیع نیست یا بیع صحیح عرفی نیست، لذا باطل بوده و اثر بر آن مترتب نمی شود. ولی اگر معاطاتی فقط فاقد شرطی که شارع تأسیس کرده باشد از آن جا که عرفاً دخیل در صدق بیع نیست مشکلی برای صحت آن ایجاد نمی کند؛ زیرا معاطات با فقدان آن شرط هم عرفاً بیع بوده و شارع آن را امضاء کرده است.(۱)

قلت: شارع که مثلاً شرط عدم غرر را تعبداً برای بیع جعل کرده، موضوع آن را بیع عرفی قرار داده و به اطلاق کلامش فرموده هر بیعی مشروط به عدم غرر است و علی الفرض معاطات هم بیع است، پس تعبداً و به حکم شارع مشروط به عدم غرر بوده و هیچ دلیلی که موجب انصراف اطلاق شارع از مثل معاطات شود وجود ندارد.

بنابر إفاده ی إباحه نیز اگر معاطاتی فاقد شرط تأسیسی شارع باشد محکوم به بطلان است؛ زیرا همان طور که بیان کردیم دلیل بر إفاده ی اباحه، إجماع است که چون دلیل لبّی است به قدر متیقن اکتفاء می شود و در موارد مشکوک نمی توان به اجماع استناد کرد؛ چون إجماع مذکور در کلمات علماء در مورد إباحه ی با فقدان این شرط ثابت نیست، لذا طبق قاعده محکوم به بطلان است.

إن قلت: شروطی که با دلیل لبّی مانند اجماع برای بیع ثابت شده و ثبوت آن برای معاطات مشکوک است، از آن جا که دلیل لبّی به قدر متیقّن آن أخذ می شود

۱- به عبارت دیگر دلیلی نداریم که شارع چنین شرطی را برای معاطات نیز جعل کرده و شاید به بیع بالصیغه اختصاص داده است. (امیرخانی)

و قـدر متیقن بیع بالصـیغه است، پس معاطات فاقـد چنین شـرطی را می توان حکم به صـحّت کرد. بنابراین بایـد تفصـیل داد و گفت شـروطی که بـا إجمـاع برای بیع ثابت شـده، رعایت آن در معاطات لازم نیست، ولی شـروطی که با دلیل لفظی برای بیع ثابت شده، رعایت آن در معاطات لازم است.

قلت: اگر دلیل شـرطیت شـرطی اجماع باشـد گرچه نمی توان آن را برای موارد مشـکوک ثابت نمود، ولی از آن جا که اصـل معاطـات احتیـاج به تصـحیح دارد و تصـحیح آن باز به اجماع بوده و در نتیجه به قـدر متیقن اکتفاء می شود، پس معاطات فاقد چنین شـرطی تصـحیح نمی شود. به عبارت دیگر چون مـدرک تصـحیح اصل معاطات نیز اجماع می باشـد و اجماع بر صـحت معاطاتِ فاقد چنین شرطی وجود ندارد، طبق قاعده حکم به بطلان آن می شود.

اگر هم مدرک تصـحیح معاطات، نه اجماع بلکه صدق بیع بر آن باشد، در این فرض دیگر شک نمی کنیم که مشمول إجماع بر شـرطیت آن شـرط می باشد؛ چون إجماع قائم شده که هر بیعی باید واجد آن شرط باشد و احتمال فرق بین بیع لفظی و بیع معاطاتی وجود ندارد.

آیا در معاطات خیار جاری است؟

مرحوم شیخ در تنبیه اوّل این مطلب را نیز در ضمن مطرح کرده که آیا در معاطات هم خیار جاری است یا خیر؟

بنـابر مبنـای مختار که معاطات مثل عقـد لفظی است و فعل دالّ بر إنشاء و قبول عملکرد لفظ را دارد، طبیعی است تمام شـروط معتبر در بیع لفظی در معاطـات نیز لازم الرعـایه است و تمـام خیاراتی که برای بیع لفظی ثابت است، ماننـد خیار مجلس، خیار حیوان، خیار تأخیر البته اگر تأخیر در معاطات قابل تصور باشد که

إن شاء الله در تنبیه بعدی بیان خواهیم کرد و ... در بیع معاطاتی نیز وجود دارد.

امّا طبق مبانی دیگر آیا خیارات در معاطات جاری است یا نه، شاید در آینده متعرض آن شویم.

تنبیه دوم: آیا معاطات با إعطاء از جانب واحد محقق می شود؟

اشاره

متیقّن از معاطات آن است که تعاطی بالفعل از طرفین انجام شود؛ یعنی مشتری ثمن را إعطاء کرده بایع آن را أخذ کند و بایع مبیع را إعطاء کرده مشتری آن را اخذ کند. مشهور چنین معاطاتی را مفید إباحه و محقق ثانی قدس سره - مفید ملک متزلزل دانسته و ما گفتیم مثل بیوع لفظیه بوده و مفید ملک لازم است.

مرحوم شیخ در تنبیه دوم(۱) این مسأله را مطرح کرده که اگر اعطاء از جانب واحد بود و طرف دیگر فقط أخذ کرد آیا معاطات محقق شده و موجب حصول إباحه یا ملکیت کلٌّ علی مبناه برای هر دو طرف می شود؟

ربما یقال: اگر اعطاء فقط از جانب واحد بود؛ مثلاً بایع کتاب را تحویل داد ولی مشتری ثمن را تحویل نداد فرض آن است که معامله به صورت نقد است نه نسیه نه إباحه طبق مبنای مشهور محقق شده و نه ملکیت طبق مبنای دیگر؛ زیرا فرض آن است که بایع إباحه یا تملیک بالعوض کرده؛ نه إباحه یا تملیک مطلق، لذا چون عوض آن را دریافت نکرده، مشتری نمی تواند در کتابی که أخذ کرده تصرف کند و مانند آن است که در بیع لفظی بایع ایجاب را إنشاء کرده ولی

۱- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص۷۴: الأمر الثانی إنّ المتیقّن من مورد المعاطاه: هو حصول التعاطی فعلًا من الطرفین، فالملک أو الإباحه فی کلٍّ منهما بالإعطاء، فلو حصل الإعطاء من جانبٍ واحدٍ لم یحصل ما یوجب إباحه الآخر أو ملکیته، فلا یتحقّق المعاوضه و لا الإباحه رأساً؛ لأنّ کلّا منهما ملکٌ أو مباح فی مقابل ملکیه الآخر أو إباحته، إلّا أنّ الظاهر من جماعه من متأخّری المتأخّرین تبعاً للشهید فی الدروس جعلُه من المعاطاه، و لا ریب أنّه لا یصدق معنی المعاطاه، لکنّ هذا لا یقدح فی جریان حکمها علیه؛ بناءً علی عموم الحکم لکلّ بیعٍ فعلیٍّ، فیکون إقباض أحد العوضین من مالکه تملیکاً له بعوض، أو مبیحاً له به، و أخذ الآخر له تملّکاً له بالعوض، أو إباحه له بإزائه، فلو کان المعطی هو الثمن کان دفعه علی القول بالملک و البیع اشتراءً، و أخذه بیعاً للمثمن به، فیحصل الإیجاب و القبول الفعلیّان بفعلٍ واحدٍ فی زمانٍ واحد.

مشتری قبول را إنشاء نکرده باشد یا مشتری قبول را قبل از ایجاب ابراز کرده، ولی بایع ایجاب را إنشاء نکرده است.

امّا عدّه ای از متأخری المتأخرّین (یعنی بعد از علامه و شهید اوّل قدس سرهما - که این دو بزرگوار نسبت به قدما از متأخرین محسوب می شوند) تَبَعاً للشّهید قدس سره - در دروس(۱) گفته اند: معاطات با إعطاء یک طرف هم حاصل می شود؛ چراکه با إعطاء بایع و أخذ مشتری یا بالعکس، هم ایجاب محقق می شود و هم قبول (بنابر آن که مشتری به أخذ قصد قبول کند). إعطاء مبیع از جانب بایع ایجاب است و أخذ مشتری قبول یا اگر مشتری ثمن را ابتدا إعطاء می کند إعطاء مشتری قبول مقدم است و أخذ بایع ایجاب مؤخر است. بنابراین با تحقق ایجاب و قبول، معاطات محقق می شود، هر چند معاطات به معنای لغوی و عرفی آن یعنی إعطاء طرفین محقق نشده است، ولی این مهم نیست؛ چون لفظ معاطات نه در قرآن کریم و نه در روایات وارد نشده و بما هو لفظٌ معقد إجماع هم نیست. پس همین که حقیقت معاطات ایجاب و قبول محقق شده کفایت می کند و بر عهده ی طرف مقابل است که ثمن یا مبیع را إعطاء کند و إعطاء طرف مقابل بعد از تحقق إیجاب و قبول، إنشاء دوباره نیست، بلکه وفاء به بیع است.

اشکال محقق نائینی قدس سره - بر وقوع معاطات با إعطاء از جانب واحد

اشاره

محقق نائینی - رحمه الله علیه - در اشکال به وقوع چنین معاطاتی که از جانب واحد إعطاء

۱- الدروس الشرعیه فی فقه الإمامیه، ج ۳، ص۱۹۲: و من المعاطاه أن یدفع إلیه سلعه بثمن یوافقه علیه من غیر عقد، ثمّ تهلک عند القابض فیلزم الثمن المسمّی و شبهها اقتضاء المدین العوض عن النقد أو عن عرض آخر، فإن ساعره فذاک، و إلّا فله سعر یوم القبض، و لا یحتاج إلی عقد. و لیس لهما الرجوع بعد التراضی. و لا الکتابه حاضرا کان أو غائبا. و یکفی لو تعذّر النطق مع الإشاره.

می شود به حسب تقریر مرحوم آملی می فرماید(۱): اضافه ای که بایع به مثمن دارد

۱- المکاسب و البیع (للمیرزا النائینی، تقریرات للآملی)، ج ۱، ص۱۹۶: أن العقود المعاوضیه التی تقع فیها المعاطاه عباره عن البیع و الإجاره و القرض و الهبه المعوضه و أما غیرها کالصلح فلا یجری فیها المعاطاه لما تقدم من أن المعاطاه لیست عباره عن إیقاع کل مقوله بکل فعل اتفق مقارنته معها کإیقاع البیع بالمعلق فی الهواء بل انما هی عباره عن إیقاع کل مقوله بالفعل الذی یکون مصداقا لتلک المقوله کالتسلیط الذی مصداق للتملیک و لیس فی الأفعال ما یکون مصداقا للتسالم و (سازش) حتی یصیر إیقاعه به معاطاه فالمعاطاه غیر جاریه فی العقود المعاوضیه إلا فی هذه الأربعه و قد تقدم الفرق بین هذه العقود بأن حقیقه البیع عباره عن تبدیل طرفی الإضافه بأن یعلق الخیط الممدود لهذا المال علی رقبه مال صاحبه و یجعل هذا المال متعلق خیط صاحبه و حقیقه الهبه المعوضه هی تملیک مجانی من المتهب الی الواهب فیکون تملیک بإزاء تملیک و حقیقه القرض هی التملیک بشرط ضمان المثل أو القیمه و أما الفرق بینهما و بین الإجاره فواضح. إذا تحقق ذلک فنقول إذا کان التعاطی من جانب واحد کما إذا اعطی البائع مثلا للمثمن و أخذه المشتری بلا إعطاء الثمن إیاه فهذا الفعل الخارجی لا یکون مصداقا للبیع إذ لیس هو تبدیل طرفی الإضافه لأن المفروض عدم صدور فک المال المشدود عن الخیط الممدود علی رقبه المشتری عن خیطه لا من البائع و لا من المشتری لا بالفعل و لا بالقول أما من البائع فلأن المفروض أنه ما صدر منه قول أصلا و لا فعل إلا فک ماله عن طرف الخیط الممدود علی رقبته بإعطائه ماله إلی المشتری و أما من المشتری فلأنه ما صدر منه إلا الأخذ عن البائع و هذا الفعل لیس فک ماله عن طرف خیطه و لیس فی البین قول ینشأ به تبدیل طرف خیط المشتری فما فی طرف خیط المشتری بعد الإعطاء من طرف البائع باق بحاله و لم یتبدل عمّا هو علیه لا بالقوه و لا بالفعل لا من البائع و لا من المشتری. (فح) فهذا الإعطاء فی عالم الاعتبار لا یخلو اما أن یکون فک ما فی طرف الخیط الممدود علی رقبه البائع و شدّه علی طرف الخیط الممدود علی رقبه المشتری مع بقاء الخیط الممدود علی طرف البائع اعنی الإضافه التی کانت بینه و بین المال علی حاله أو یکون تسلیطا للأخذ علی المال بإیجاد السلطنه و الإضافه له علیه الملازم مع انتفاء العلقه التی بین المالک الأول و بین المال و بعباره أوضح هذا الإعطاء الخارجی إما یکون نقل طرف الإضافه بلا إحداث اضافه جدیده فی طرف الأخذ بل جعل المال طرفا لإضافته أو یکون باحداث اضافه بین الأخذ و بین المال الذی یعطیه الملازم مع انتفاء الإضافه التی بینه و بین المال لکن الأول لا اعتبار له فی المقام لأن الخیط الممدود بین المشتری و بین ماله طرفه مشغول بما له فشد مال البائع علی طرف خیطه فی حال اشتغال خیطه بمال نفسه لا یکون بیعا لکونه عباره عن تبدیل الطرفین و النقل من طرف واحد لا یکون بیعا مع أنه یلزم بقاء اضافه التی بین البائع و المال بعد نقل طرفه و شده علی خیط المشتری بلا أن یکون لها طرف فتعین الثانی أعنی کون الإعطاء إحداثا لإضافه بین الآخذ و المال الملازم مع انتفاء الإضافه التی بین المال و بین المعطی و هذا یکون مصداقا للهبه لأنها عباره عن تملیک مجانی و روحها و حقیقتها هو إحداث علقه بین المال و بین المتهب الملازم مع انتفاء العلقه التی بین الواهب و بین ماله و لو کانت معوضه إذ العوض فیها لا یقع بإزاء المال حتی تکون المبادله بین المالین بل العوض یقع بإزاء الفعل أعنی الهبه بالمعنی المصدری فتکون المعاوضه بین هبه الواهب و هبه المتهب و لذلک لا یصح فی إنشائها أن یقال و هبتک هذا بهذا بل هذا بیع بماده الهبه فیکون اما فاسدا لو قلنا بعدم صحه إنشاء البیع بالألفاظ المجازیه أو صحیح لو قلنا بصحته و انما إنشاء الهبه المعوضه لا بد أن یکون هکذا،، و هبتک هذا علی أن تهبنی ذلک بجعل الهبه الصادره من المتهب شرطا و من هذا یقع الإشکال فی

وقوع الهبه المعوضه بالمعاطاه لمكان فقد ما يدل على الشرط من الفعل لعدم وجود فعل قائم مقام الشرط اللفظى و ان كان التحقيق اندفاعه بكفايه التبانى عليه أعنى إيقاع الهبه بالفعل مبنيا على الشرط المتواطئ عليه و كيف كان فالتعاطى من جانب واحد مصداق للهبه لا للبيع سواء كان العوض كليا أو شخصيا خارجيا بعد أن كان معينا و لو كان الإعطاء بعوض غير معين لم يسمَّ فى مقام التواطؤ أصلا بل يعطى المعطى شيئا بقصد أن يأخذ منه عوضا غير مسمى فهذا ينطبق على القرض فإن حقيقه القرض هو التمليك بشرط أن يأخذ منه العوض الغير المسمى. (و الحاصل) ان هذا الإعطاء الواقع من احد الطرفين لا ينطبق على البيع ابدا بل اما يكون مصداقا للهبه المعوضه،، و ذلك فيما إذا كان العوض معينا كأن كليا أو جزئيا أو يكون مصداقا للقرض و ذلك فيما إذا لم يكن معينا هذا تمام الكلام فى حكم هذا القسم. • منيه الطالب فى حاشيه المكاسب (للنائينى، تقريرات للخوانسارى)، ج ١، ص٦٨: لا- يخفى أنّه لم يرد المعاطاه فى نصّ أو معقد إجماع حتى يقال إنّ المتيقّن من موردها ما إذا كان التعاطى من الطّرفين دون ما إذا كان الإعطاء من طرف و الأخذ من الطّرف الآ-خر فالمدار على إمكان إنشاء عنوان البيع أو الإجاره و نحوهما بالفعل من طرف واحد أم لا- و ذلك لما أشرنا إليه سابقا و سيجى ء فى طىّ المباحث الآتيه أنّ المناط فى تحقّق عنوان عقد من العقود بالفعل كون الفعل مصداقا لهذا العنوان بحيث يحمل عليه بالحمل الشّائع الصّ-ناعى كحمل الإنسان على زيد و أمّا مجرد قصد عنوان من الفعل من دون أن يكون هذا الفعل عرفا من مصاديق هذا العنوان فلا أثر له فى باب العقود لأنّ عناوين العقود من المنشئات و المنشأ إنّما يتحقّق بما هو آله لإنشائه. و من هنا يظهر أن مثل الصّلح و الهبه المعوّضه و النّكاح و الضّ-مان و نحو ذلك لا يمكن إيجاده بالفعل لعدم وجود فعل يكون مصداقا لهذه العناوين فقصد إيجادها بالفعل لا يفيد إذا عرفت ذلك فعمده الإشكال فى جريان حكم المعاطاه فى الإعطاء من طرف واحد أنّ الإعطاء كذلك ليس مصداقا لخصوص تبديل أحد طرفى الإضافه بمثله الّذى يسمّى بيعا و إن قصد به التّعويض بالثّمن الكلّى أو الشّخصى و أخذ الآخر المثمن بقصد القبول و أعطى الثّمن بعد ذلك بعنوان الوفاء لأنّ نسبه هذين الإعطاءين إلى البيع و الهبه المعوّضه متساويه و مجرّد مقاولتهما على كونه بيعا و قصدهما البيع من إيجاد الفعل لا يفيد بعد عدم كونه مصداقا له. و بالجمله حيث إنهما فى مقاولتهما عينا عوضا معيّنا كليّا كان أو شخصيّا فيخرج هذا الإعطاء عن عنوان القرض لأنّ العوض فيه هو المثل أو القيمه إلّا أنّه لا وجه لخروجه عن الهبه المعوّضه لأنّها ليست إلّا هبتان مستقلّتان و تمليكان مجانيان و فى المقام يمكن ذلك فجعله مصداقا للتبديل الملكى فى غايه الإشكال و لا يقاس الإعطاء من طرف واحد بالإعطاء من الطّرفين و يقال كيف يستفاد البيع من إعطاء الطّرفين مع أنّه يمكن أن يكون هبه معوّضه و ذلك للفرق بينهما فإنّه لو كان فى البين تعاط فنفس هذا التبديل المكانى بطبعه الأصلى تبديل لأحد طرفى الإضافه الاعتبارى بطرف إضافه أخرى و المفروض أنّهما قصدا به التّبديل البيعى و أوجد ما هو مصداق له فإخراجه عن البيع و إدخاله فى الهبه المعوّضه يحتاج إلى مئونه زائده و هذا بخلاف ما إذا كان الإعطاء من طرف واحد فإنه ليس هناك تبديل خارجىّ حتى يكون قصد إنشاء التبديل الاعتبارى منه كافيا. ثم إنّه يقوى الإشكال فيما لم يكن الإعطاء و الأخذ من طرف واحد أيضا بل كان مجرّد إيصال الثّمن و أخذ الثمن كوضع الدّراهم فى دكان صاحب المخضرّ و أخذ المخضرّ بدلا عنها مع غيبه صاحبه و لا- يمكن تصحيحه بكونه وكيلا- من الطّرفين فى تبديل أحد طرفى الإضافه بمثله لوضوح عدم توكيل المالك شخصا معيّنا نعم لو قلنا أنّ البيع هو اسم المصدر لا المصدر صحّ عدّه بيعا لأن نتيجه الإعطاء من الطّرفين وصول العوضين إلى المالكين إلّا أنّ هذا فرض لا واقع له لأنّ البيع يتحقّق بإنشائه بالفعل أو القول و مجرّد وصول كل عوض إلى مالك الآخر ليس بيعا و لو قصد من الإيصال تبدل أحد طرفى الإضافه بمثله لأنّ القصد المجرّد أو القصد مع إيجاد غير مصداق ما هو المقصود لا أثر له فالالتزام بكونه إباحه بالعوض و أنّ الدّليل عليه هو السيره فى خصوص المحقّرات لا بأس به لعدم دليل على انحصار باب المعاوضات بالعناوين الخاصّه ثم إنّ الأقوى إشكالا منه ما إذا لم يكن وصول أيضا كما إذا تقاولا على مبادله شى ء بشى ء و

تلفّظا بالألفاظ الغير المعتبره فى العقد بأن تكون المعامله بنفس هذه المقاوله لا بالإعطاء الواقع بعدها بل كان وفاء بالمعامله و وجه الإشكال أنّ المقاوله ليست إلّا التّبانى على أمر و مجرّد التبانى ليس بيعا نعم لو أنشأ بهذه الألفاظ مصداق التّبانى بحيث يخرج عن البناء القلبى و الإخبار و الوعد فالصّواب أن يقال إنّها مصالحه لعدم اعتبار لفظ خاص فى الصّلح و كون حقيقته هو التّسالم على أمر و يدلّ عليه الخبر الوارد فى قول أحد الشّريكين لصاحبه لك ما عندك و لى ما عندى فإنه محمول على الصّلح لأن المنشأ فى الصّلح هو التبانى على أمر و التّسالم عليه فتأمل.

شبیه رشته ای است که یک سر آن به گردن بایع و سر دیگر آن به مثمن بسته شده و اضافه ای که مشتری به ثمن دارد شبیه رشته ای است که یک سر آن به گردن مشتری و سر دیگر آن به ثمن بسته شده است. در بیع، طرفین اضافه تبدیل می شود؛ یعنی آن رشته ای که از جانب بایع به مثمن بسته شده از مثمن باز شده و

به ثمن بسته می شود و آن رشته ای که از مشتری به ثمن بسته شده از ثمن باز شده به مثمن بسته می شود.

وقتی که إعطاء از جانب واحد باشد؛ مثلاً بایع مثمن را بدهد و مشتری أخذ کند، تبدیل دو طرف اضافه اتفاق نمی افتد؛ زیرا گرچه با این عمل، بایع مثمن را از سر رشته ای که به گردنش بسته شده باز می کند و به رشته ای که به گردن مشتری بسته شده می بندد، امّا در عوض مشتری ثمن را از سر رشته ای که به گردنش بسته شده باز نمی کند و به رشته ی بایع گره نمی زند؛ چون دالّی بر این که مشتری چنین کاری نظیر بایع کرده باشد وجود ندارد؛ زیرا علی الفرض لفظی که دلالت بر چنین انشائی از طرف مشتری باشد صادر نشده و فعلی هم که چنین دلالتی داشته باشد محقق نشده است؛ چون فعلی که دالّ بر فکّ باشد فقط از بایع صادر شده و أخذ مشتری به منزله ی بستن مثمن به آن خیطی است که به گردنش بوده، لذا فعلی از مشتری یا بایع که دلالت کند ثمن را از خیط مشتری باز کرده و به خیط بایع بسته صادر نشده است.

بنابراین از آن جا که در إعطاء از جانب واحد تبدیل طرفی الاضافه محقق نشده و فقط یک طرف اضافه تبدیل شده، بیع محقق نمی شود؛ چون بیع به معنای تبدیل هر دو طرف اضافه است.

و بالجمله اعطاء بایع و أخذ مشتری که فکّ مثمن از طناب گردن بایع و بستن آن به طناب گردن مشتری است از دو حال خارج نیست؛ یا احداث اضافه ی جدید است یا إحداث اضافه ی جدید نیست.

اگر احداث اضافه ی جدید نباشد و فقط فکّ مثمن از ریسمان بایع و بستن آن به ریسمان مشتری بدون إحداث ملکیت جدید باشد این نامعقول است؛ زیرا مخالف حقیقت بیع است؛ چراکه حقیقت بیع، تبدیل طرفین اضافه است که هم

بایـد فـکّ مثمن شود و هم فـکّ ثمن و بـا صـرف فکّ مثمن بیع محقق نمی شود. علاوه آن که لازم می آیـد اضافه ی به بایع باقی باشـد بـدون آن که طرف اضافه داشـته باشـد؛ یعنی طناب گردن بایع آویزان است بـدون این که طرفی داشـته باشـد علی حسب تقریر العلامه الآملی قدس سره -.

امّا اگر احداث اضافه ی جدید باشد و فکّ مثمن از ریسمان بایع و بستن آن به ریسمان مشتری به معنای إلغاء إضافه ی سابق و إحـداث ملکیت مشـتری باشـد، این هم بـاز بیع نیست، بلکه هبه است؛ زیرا هبه یعنی اضـافه کردن مـالی به ملـک طرف مقـابل بدون آن که علقه ی طرف مقابل نسبت به مالش از بین برود که همان تملیک مجانی است.

پس خلاصه ی اشـکال محقق نائینی قدس سـره - این شد که با إعطاء از جانب واحد و أخذ آن از جانب دیگر بیع محقق نمی شـود؛ زیرا نهـایت چیزی کـه إعطـاء و أخـذ دلالـت می کنـد آن است که مُعطی اضـافه ی به مـالش را از بین برده و اضـافه ی جدیـدی را برای آخـذ ایجاد کرده است. امّا این که آخـذ هم إضافه ی به مالش را از بین برده و اضافه ی جدیدی برای معطی ایجاد کند نه فعل بر آن دلالت دارد و نه قول.

نقد کلام محقق نائینی قدس سره -

مطـالبی که محقق نـائینی قـدس سـره - فرمودنـد طبق مبانی خودشان [در نقل ملک و تحلیل بیع] ممکن است قابل تأمل باشـد، ولی طبق مبنـایی که مـا در تحلیـل بیع انتخاب کردیم جایگاهی نـدارد. در تحلیل بیع بیان کردیم بایع چه در تملیک مبیع و چه در تملّـک ثمن حالت فعالیت داشـته و مشتری چه در تملّک مبیع و چه در تملیک ثمن حالت انفعال و قبول در مقابل فعل بایع دارد. مشتری فقـط آن نقشه ای را که بایع ریخته قبول می کنـد و حتی ملک خودش را که به عنوان ثمن به بایع منتقل می کند در واقع بایع به ملک وی دست انداخته و او منفعلانه آن را قبول کرده و به تملیک

بایع در می آورد. بنابراین با توجه به این مسأله روشن می شود بایع که مثلاً کتاب را به عنوان مثمن به مشتری اعطاء می کند به این معناست که این کتاب را در مقابل آن ثمنی که ملک مشتری است تملیک می کند؛ یعنی بایع با این إعطاء، هم تملیک کتاب می کند و هم تملّك ثمن، و مشتری نیز با دریافت کتاب، هم تملیک بایع و هم تملّك وی بر ثمن را می پذیرد. و اگر بخواهیم طبق تشبیه محقّق نائینی بیان کنیم این طور است که بایع با إعطاء، اضافه ی بین خود و مثمن را تبدیل به اضافه ی بین مشتری و مثمن کرده و اضافه ی بین ثمن و مشتری را تبدیل به اضافه ی بین خود و ثمن کرده و مشتری نیز با أخذ آن، هر دو عمل بایع را قبول می کند. پس إعطاء بایع می تواند ایجاب، و أخذ مشتری که هم زمان رخ می دهد می تواند قبول باشد. لذا با این إعطاء و أخذ، عقد محقق می شود و این که مشتری بعداً ثمن را اعطاء می کند به عنوان وفاء به بیع است. بنابراین اصلاً شبهه ی این که إعطاء از جانب واحد هبه باشد نیست؛ چون هبه تملیک مجانی و بدون عوض است، در حالی که این جا در مقابل عوض است.

در مورد مفید إباحه بودن إعطاء از جانب واحد بنابر مبنای این که معاطات طبق قاعده باطل بوده و فقط اجماع وجود دارد که مفید إباحه می باشد نیز می گوییم: از آن جا که احراز اجماع بر آن نمی شود لامحاله به قدر متیقن اجماع که إعطاء از جانبین باشد اکتفاء می شود، لذا إعطاء از جانب واحد باطل بوده و مفید إباحه هم نیست. الا این که بعید نیست از طریق سیره بتوان اثبات کرد مفید إباحه است؛ چون در سیره فراوان به إعطاء از یک طرف و أخذ از طرف دیگر در إباحه اکتفاء می شود؛ مثلاً کسانی که با مغازه دار حساب دارند به او رجوع کرده و می گویند فلان شیء را داری؟ مغازه دار هم می گوید بله و آن را به وی إعطاء کرده و در حساب وی ثبت می کند. مشتری نیز با أخذ آن شیء خودش را عرفاً

مالک می دانـد، ولی چون به نحو معاطاتی بوده و طبق فرض معاطات مفیـد ملک نیست نمی توان گفت مالک شـده است، امّا چون سـیره بر آن وجود دارد و این سـیره مورد ردع واقع نشـده می گویم لااقل مفیـد إباحه است. بنابراین همان طور که جناب شیخ هم فی الجمله اشاره دارند(۱) بعیـد نیست که ما به حکم سـیره قائل شویم که اعطاء از جانب واحد مفید إباحه است و الا اگر بگوییم لازم است تعاطی از طرفین باشـد در تصـحیح چنین مواردی مبتلاـ به مشـکل می شویم؛ زیرا چه بسا مشتری ثمن جنسـی را که أخذ کرده یک ماه بعد پرداخت کند و موالات لازم بین ایجاب و قبول زائل شود، در حالی که عملاً سیره وجود دارد و کسـی هم نگفته که آن باطل است. بنابراین کشف می شود اعطاء از یک طرف و أخذ از طرف دیگر کفایت در إباحه می کند.

کلام محقق ایروانی قدس سره – در عدم معقولیت تأثیر إعطاء دوم در ایجاب و قبول

اشاره

محقق ایروانی – رحمه الله علیه – در مقابل میرزای نائینی – رحمه الله علیه – معتقـد است نه تنها تحقق ایجاب و قبول با إعطاء و أخذ اوّل امکان پذیر است، بلکه اصـلاً معقول نیست إعطاء دوم در تحقق ایجاب و قبول تأثیر داشـته باشد و إعطاء دوم صرفاً به عنوان وفای به عقد است.

ایشان در حاشیه بر مکاسب می فرماید(۲): آن چه که مفید ملکیت و إنشاء ایجاب

۱- المکاسب المحرمه (ط – الحـدیثه)، ج ۳، ص۷۵: ثمّ صـحّه هذا علی القول بکون المعاطاه بیعاً مملِّکاً واضـحه؛ إذ یدلّ علیها ما دلّ علی صـحّه المعاطاه من الطرفین، و أمّا علی القول بالإباحه، فیشـکل بأنّه بعـد عـدم حصول الملک بها لا دلیل علی تأثیرها فی الإباحه، اللّهم إلّا أن یدّعی قیام السیره علیها، کقیامها علی المعاطاه الحقیقیه.

۲- حاشـیه المکاسب (للإیروانی)، ج ۱، ص۸۳: المعاطـاه المقصود بهـا المبـادله و المعاوضه سواء کان العوض عینا أو تملیکا لا یعقـل توقّفهـا علی العطـاء من الطّرفین بل المعاوضه تتمّ و یحصل إنشاؤها بالعطاء من جانب بقصـد المبادله و الأخـذ من الجانب الآـخر فـإن أعطی الثّانی بعـد ذلک کان إعطاؤه وفاء لما التزم به بأخـذه لما أعطاه الأوّل لا أنّه أحـد أرکان المعامله و ممّا قام به إنشاؤهـا و ذلـک لأنه إن کان بأخـذه لما أعطاه الأوّل منشأ لقبول ما ملکه الأوّل فقـد کملت المعامله و تمّ إنشاؤها بلا حاجه إلی عطاء منه و کان إعطاؤه وفاء لما التزم به فی أخـذه و إن لم یکن منشأ لقبول ما ملکه الأوّل لم یجد إعطاءه و لو بقصد المعاوضـه فی تحصـیل إنشاء المعاوضه من الطّرفین و ارتباط أحدهما بالآخر بل کان الإعطاءان کإیجابین صدرا من الطّرفین فی عدم انعقاد المعامله بهما و کان کلّ منهما ناقصا و بلا قبول فالعطاءان من الجانبین ینشأ بهما تملیکان مستقلّان لا تملیک واحد معاوضیّ نعم لا مضایقه من أن یکون أحـد التملیکین داعیا إلی التّملیک الآخر لکن هـذا غیر ما هو المقصود فالعطاء المعاوضـیّ یکون إنشاؤه دائما بالعطاء من جانب و الأخـذ من الجانب الآخر فاتّضـح عـدم الحاجه إلی العطاء من الطرفین بل إخلاله بالمقصود و أمّا اعتبار العطـاء من جانب واحـد فهو أیضا باطل فإنّ دلیل صـحّه المعاطاه إن کانت هی الأدلّه اللّفظیّه المتقـدّمه فإطلاقها کما ینفی اعتبار اللّفظ فی الإنشاء کـذلک ینفی اعتبار الفعل فکلّ ما حصل به إنشاء المعامله صحّ بمقتضـی تلک الأدلّه و إن کانت هی السـیره و

الإجماع فكل أحد يعلم أنّ السيره لا تدور مدار الإنشاء بأسباب خاصّه بل كل ما حصل به إنشاء المعامله من قول أو فعل أو إشاره كفى فى ترتيب أثر المعامله عند العقلاء و أهل العرف بل الإنشاء اللّفظى الفاقد لشرائط الصّيغه أولى بتسليم ما قلناه فيه فإنّ ذلک أقرب إلى المعامله بالصّيغه من حيث اشتماله على الإنشاء باللّفظ و إن فقد خصوصيات ما يعتبر فى اللّفظ.

و قبول است همـان اعطـاء و أخـذ اوّل است. هیـچ جـا چنین نیست که ایجـاب به اعطاء اوّل و قبول به اعطاء دوم باشـد؛ چراکه چنین چیزی اصـلًا معقول نیست؛ چون بـایع بـا إعطـاء، قصـد ایجاب دارد و مشـتری نیز بـا أخـذ، قصـد قبول دارد و این بـدین معناست که عقـد محقق شده و حالت منتظره ای ندارد که إعطاء دوم آن را تکمیل کند و فرضاً اگر مشتری با أخذ، إنشاء قبول نکنـد إعطاء دوم نمی توانـد در تحقق قبول برای ایجابی که با إعطاء اوّل محقق شـده مؤثر باشـد؛ چراکه در این صورت إعطاء دوم ایجابی(۱) دیگر است و در حقیقت دو ایجـاب ابتر و بـدون قبول محقق شـده که هیـچ اثری بر آن مترتب نمی شود و این نظیر آن است که بایع به

۱- چون إعطـاء فعـل و ایجاب است؛ نه قبول و انفعال، بنابراین إعطاء دوم نمی توانـد به منزله ی قبول باشـد، بلکه خود ایجابی دیگر است.

مشتری بگوید «بعتک کتابی بکذا» و مشتری نیز به جای «قبلتُ» یا «اشتریتُ» بگوید «بعتک کذا بکتابک»!

پس اصلًا این حرف که قدر متیقن از معاطات إعطاء طرفین است غلط می باشد، بلکه إعطاء و أخذ اوّل، ایجاب و قبول بوده و اعطاء دوم فقط به عنوان وفای به عقد است و إنشائی با آن محقق نمی شود، نظیر این که در بیع بالصیغه عقد با «بعتُ و اشتریتُ» محقق می شود و پرداخت ثمن به عنوان وفای به عقد است و تأثیری در تحقق عقد ندارد.

نقد کلام محقق ایروانی قدس سره –

حقیقت آن است که ایجاب و قبول وابسته به قصد است. اگر مشتری با أخذ قصد قبول کند قبول محقق می شود. ولی اگر مشتری متاع را به عنوان قبول أخذ نکرد، بلکه به این عنوان که مثلاً- نگاه کند و بیشتر روی آن دقت کند اخذ کرد در این صورت معاطات با أخذ محقق نمی شود، بلکه آن وقت که تصمیم می گیرد قبول کند عقد محقق می شود. ابرازِ قبول هم ممکن است با گفتن «قبلت» باشد که در این صورت بیع مرکّب از ایجاب به إعطاء و قبول به لفظ می شود و ممکن است با إعطاء ثمن باشد و این که محقق ایروانی قدس سره – اصرار دارند که تحقق قبول با إعطاء ثمن معقول نیست درست نیست؛ چون فعل، خودش زبان ندارد و قرائن است که به او زبان می دهد، اگر قرائن دالّ بر این بود که با إعطاء ثمن، إنشاء قبول کرده، معاطات محقق می شود و هیچ مشکلی ندارد.

در این که أخذ به عنوان قبول است یا نه، منوط به قرائن است. بعضی جاها معلوم است که أخذ قبول است؛ مثلاً- پاکت سیگاری را می گیرد و می گوید در حسابم بنویس. بعضی جاها هم از حالت طرف معلوم است که هنوز قبول نکرده است؛ مثلًا با بی رغبتی آن را می گیرد و دقت بیشتری می کند، سپس با یک قرینه ای

که معلوم است پذیرفته، ثمن را إعطاء می کند و این إعطاء، إنشاء قبول است.

پاسخ دیگری از مرحوم امام به کلام محقق ایروانی قدس سرهما –

حاصل فرمایش امام قدس سره – در نقد کلام محقق ایروانی چنین است(۱): بیع متقوم به

۱- کتاب البیع (للإمام الخمینی)، ج ۱، ص۲۳۷: و قد یقال بعدم تعقّل توقّف المعاطاه المقصود بها المبادله علی العطاء من الطرفین، بل لا- بدّ فی تحقّقها من الإعطاء و الأخذ لطرف واحد؛ لأنّ الآخذ إن أخذ العین المنشأ بإعطائها التملیک منشئاً به القبول لما ملّکه المعطی، تتمّ به المعامله، و یکون إعطاء الثمن بعدها وفاءً، و إن لم یکن منشئاً لقبول ما ملّکه الأوّل، لم یجد إعطاؤه و لو بقصد المعاوضه؛ لأنّ الإعطاءین المستقلّین کالإیجابین کذلک فی عدم انعقاد المعامله بهما، و کان کلّ منهما ناقصاً بلا- قبول، فالعطاءان من الجانبین تملیکان مستقلّان، لا تملیک واحد معاوضی. و فیه: مضافاً إلی إمکان أن یقال: إنّ ماهیّه البیع مبادله مال بمال، و هی قد تتحقّق بالإیجاب و القبول، و قد تتحقّق بإنشاء المبادله و المعاوضه بین المالین، من غیر احتیاج إلی القبول بعنوانه، فلو أنشأ وکیل المتعاملین التبادل بین المالین فقال: «بادلت بینهما» تقع المبادله، و هی ماهیّه البیع المتحقّقه بسبب آخر أیضاً، و هو الإیجاب و القبول. و بالجمله: لیس الإیجاب و القبول بعنوانهما مقوّمین لماهیّه البیع، بل هما من أسباب تحقّقها، کما أنّ إنشاء المبادله بما ذکر من أسبابه. بل لو قال أحد طرفی المعامله: «بادلت عینی بعینک» و قال الآخر: «بادلت أیضاً عینی بعینک» فالظاهر تحقّق البیع و صحّته؛ لأنّ ماهیّه المبادله تحقّقت عرفاً بإیقاعهما. بل البیع و الشراء بالنحو المتعارف إنّما حدثا بعد تعارف الأثمان، و إلّا فالتبادل بین الأعیان لم یکن نوعاً بالبیع و الشراء، بل بالمعاوضه و المبادله. و توهّم: «أنّ ماهیّه البیع متقوّمه بالإیجاب و القبول» ناشٍ من تعارف الأثمان فی هذه الأعصار، مع أنّ المبادله بین الأعیان شائعه، و لا سیّما فی القری و البلاد الصغار جدّاً، و لیست تلک المبادله إلّا بیعاً، و لیست «المبادله» عنواناً، و «البیع» عنواناً آخر، فالبیع مبادله مال بمال کما مرّ، بل یصدق علیه: «تملیک العین بالعوض» أیضاً. فالقول «بأنّ إعطاء شی ءٍ فی مقابل إعطاء آخر، لیس معامله؛ لکونهما تملیکین مستقلّین» لیس علی ما ینبغی؛ لأنّ إنشاء تملیک بإزاء تملیک إذا تحقّق من المتعاملین یکون کلّ منهما مربوطاً بالآخر، لا مستقلا بلا- ربط بینهما، و لو أُرید من الربط الربط المطاوعی، فلا دلیل علی اعتباره. کما أنّ توهّم: «کون المعاوضه و المبادله معاملةً مستقلّةً، و لیست ببیع» فاسد. نعم، یمکن أن یقال: إنّه لا یصدق علیها «البیع» المقابل للشراء، و هو لا یضرّ. فمضافاً إلی ما ذکر: أنّ الأخذ یمکن أن یقصد به القبول تارهً، فتتمّ المعامله به، و یمکن أن یقصد به تحقّق الإیقاع العملی الخارجی، فلا یکون قبولًا، فکما یصحّ الإعطاء قاصداً به الإیجاب، یصحّ الإعطاء بعد الإعطاء قاصداً به قبول الإیجاب العملی. بل یمکن أن یقال: إنّ الإیجاب اللفظی فی البیع بالصیغه إذا وقع عقیب إیجاب، فقال البائع: «بعتک داری بألف» و قال الآخر: «بعتک الألف بدارک» یکون الإیجاب الثانی قبولًا بالحمل الشائع، فیصدق علیه: «الإیجاب» باعتبار، و «قبول الإیجاب الأوّل» باعتبار، و کذا الحال فی المعاطاه المقصود بالإعطاء الثانی قبول ما أوجبه الأوّل بإعطائه، فتدبّر. فلا إشکال فی وقوع المعاطاه بإعطاء الطرفین، کما لا إشکال فی وقوعها بإعطاء طرف واحد و أخذه بعنوان «القبول». • کتاب البیع (تقریرات، للخرم آبادی)، ص ۲۷۰: قد أسلفنا سابقاً أنّ حقیقه البیع العرفی، لیست إلّا نفس مبادله العینین، و أنّ المتداول بین المجتمع الإنسانی فی جمیع الأزمنه، هی هذه، و عناوین «البائع» و «المشتری» و «الموجب» و «القابل» قد حدثت بعد حدوث الثمن، و قبله لیست المعامله إلّا نفس المبادله الواقعه بین

العينين، كما أنّه هو المتعارف الآن فى القرى و القصبات، حيث يتبادلون الحنطه مثلًا بالعنب، و أمثال ذلك، و باعتبار حصول المبادله يطلق «البيع» على البيع بالصيغه، و لا يطلق على ما لم تقع فيه المبادله، فحقيقه البيع نفس المبادله، و على هذا يصحّ عرفاً إيقاعه بإيقاع المبادله فى الطرفين؛ بأن يقال: «بادلت هذا بهذا» فى كلّ من طرفى البائع و المشترى، فهو عند العرف و العقلاء بيع صحيح، كما يصحّ إيقاع الوكيل ذلك بقوله: «بادلت هذا بهذا» من غير احتياجه إلى المطاوعه، فاعتبار القبول و المطاوعه ساقط فى نظر العرف، و يحصل بإيجابين، و إيجاب و قبول. و بالجمله: المعتبر هو تحقّق المبادله عندهم، كما هو مقتضى حقيقه البيع، و عليه فلا مانع من تصوّر إيقاع المعامله البيعيه بإعطاءين من غير احتياج إلى القبول. نعم، المتعارف المتداول بين الناس تحقّقه بالأخذ و الإعطاء، كما فى النسيئه المتداوله بين العرف، و لكن تحقّقه بإعطاءين أيضاً لا يخلّ بالمقصود، و لا يلزم منه محذور.

ایجاب و قبول بعنوانهما نیست، بلکه هر چیزی که إفاده ی مبادله کند بیع است هر چند بر یک طرف قبول صادق نباشد. بله بیع به اصطلاح خاص در مقابل شراء، متقوم به قبول است، امّا بیع به معنای مطلق، متقوم به قبول نیست، بلکه هرچه دالّ بر مبادله باشد بیع است؛ چراکه بیع «مبادله مالٍ بمالٍ» است، لذا در بیع لفظی نیز اگر بایع بگوید «بعتک داری بالفٍ» و مشتری به جای قبول، ایجاب کرده و بگوید

«بعتک الألف بدارک» کفایت می کند، کما این که اگر یکی بگوید «بادلتک کتابی هذا بقلمک» و دیگری نیز بگوید «بادلتک قلمی بکتابک» بیع محقق می شود.

بنابراین این که محقق ایروانی قدس سره - فرمود: «قصد إنشاء با إعطاء دوم، ایجاب دیگر است و با دو ایجاب یک معامله محقق نمی شود؛ چون در حقیقت دو ایجاب ناقص و ابتر است» درست نیست و صحیح آن است که إنشاء طرفین به هر نحوی تبادل را برساند بیع است هر چند یکی قبول نباشد؛ چراکه ماهیت بیع، مبادله است و این که بایع به کسی گفته می شود که متاع را بدهد و نقود را أخذ کند، جدیداً حادث شده و در قدیم بیع معمولاً به نحو معاملات تهاتری و جنس به جنس بوده و نقودی در کار نبوده است. پس اشکال محقق ایروانی وارد نیست.

علاوه آن که می توان گفت: إعطاء ثانی همان طور که به اعتباری ایجاب بر آن صادق است به اعتبار دیگر هم قبولِ ایجابِ اوّل بر آن صادق است و به تعبیر دیگر دو حیثیت دارد؛ حیثیت ایجاب و حیثیت قبول.

نقد کلام مرحوم امام قدس سره -

در نقد فرمایش مرحوم امام عرض می کنیم:

این که فرمودند در بیع بالصیغه اگر بایع گفت «بعتک کتابی بألف» و مشتری گفت «بعتک ألفی هذا بکتابک» بیع محقق می شود، می گوییم: اگر لفظ صریح در بیع لازم باشد ما نمی پذیریم که بیع در این مثال محقق شده باشد؛ چراکه بیع عرفاً نیاز به قبول دارد؛ زیرا در تعریف بیع بیان کردیم بایع حالت فعل و هجمه دارد و مشتری حالت انفعال و مطاوعه، لذا اگر عمل هر دو به صورت فعل و هجمه باشد بیع نیست و ادعای این که بیع بر آن صادق است قابل قبول نمی باشد؛ چون با ارتکاز عرفی سازگاری ندارد.

ولی اگر لفظ صریح در بیع لازم نباشد و هر لفظ دال بر ایجاب و قبول کافی باشد می گوییم اگر قرینه ای باشد که «بعتک الفی هذا بکتابک» به عنوان قبول ایجاب طرف مقابل ابراز شده بیع صحیح است.

و امّا این که فرمودند دو حیثیت دارد؛ حیثیت ایجاب و حیثیت قبول، قابل پذیرش نیست؛ زیرا همان طور که گفتیم حیثیت ایجاب فعل است و حیثیت قبول انفعال و از یک لفظ هر دو حیثیت فهمیده نمی شود و اگر احیاناً با قرینه فهمیده شود لفظ در معنای قبول به کار رفته دیگر عرفاً معنای ایجاب ندارد، ولی اگر بپذیریم که إعطاء ثانی ایجاب است اشکال محقق ایروانی وارد است؛ چراکه دو ایجاب ابتر و بدون قبول اثری بر آن مترتب نیست.

این هم که فرمودند بیع دو معنا و دو اصطلاح دارد شاهدی بر آن وجود ندارد.

پس نتیجه این شد که معاطات می تواند با دو إعطاء محقق شود که یکی ایجاب باشد و دیگری قبول. و نیز می تواند معاطات با یک إعطاء و أخذ محقق شود به این صورت که إعطاء ایجاب باشد و أخذ قبول و این منوط به قصد طرفین است.

اشکال دور در دخالت قصد در تحقق بیع با إعطاء

مرحوم امام قدس سره - اشکال دور را در دخالت قصد در تحقق بیع با إعطاء مطرح می کنند و به آن پاسخ می دهند.(۱)

۱- کتاب البیع (للإمام الخمینی)، ج ۱، ص ۲۴۰: و الإشکال: بأنّ القصد لا یمکن أن یکون مشخّصاً للفعل، بعد ما کان نفس ذات الفعل مبهماً، غیر معنون بعنوان «البیع» و غیره؛ لعدم إمکان تعلّق القصد بما یحتاج فی عنوانه إلیه، للزوم الدور، و هذا إشکال سارٍ فیما ذکروا فی العناوین القصدیّه. مدفوع: بأنّ القصد إنّما تعلّق بإیقاع البیع مثلًا، و لمّا کان الإعطاء محقّقاً له إذا نشأ من القصد الکذائی، تعلّق قصد آخر بعنوان «الإعطاء» و هذا الإعطاء الناشئ من قصد إیقاع المعامله و لو مع الواسطه و بقصد ثانوی مقدّمی ینتزع منه البیع المعاطاتی، من غیر أن یتوقّف العنوان علی قصده، فتدبّر جیّداً.

اشکال این چنین است که إعطاء بما هو فعلٌ من الافعال مبهم بوده و هیچ گونه دلالتی بر إنشاء بیع ندارد و فقط در صورتی دلالت بر بیع دارد که قصد بیع با آن شده باشد؛ یعنی وقتی بایع به قصد ایجاب إعطاء می کند و مشتری به قصد قبول أخذ می کند بیع محقق می شود. پس بیع معاطاتی از عناوین قصدیه بوده و متقوم به قصد است. از طرف دیگر مُنشئ که می خواهد إنشاء بیع کند در واقع قصدش به بیع تعلق می گیرد در حالی که خود بیع نیز از عناوین قصدیه بوده و متقوم به قصد خود مُنشئ می باشد. پس قصد بیع متوقف بر قصد بیع می شود که دور است.

البته این اشکال نسبت به سایر عناوین قصدیه نیز ساری و جاری است. مثلاً تعظیم که از عناوین قصدی است با صرف بلند شدن صادق نیست. در صورتی بلند شدن می تواند مصداق تعظیم باشد که با بلند شدن قصد تعظیم داشته باشد. پس تعظیم مرکّب از «فعل و قصد» است. از طرف دیگر کسی که می خواهد تعظیم کند و قصد تعظیم دارد در واقع قصدش به «فعل و قصد» تعلق می گیرد و این یعنی که قصد هم در مرتبه ی قبل است به عنوان موضوع و هم در مرتبه بعد است به عنوان عارض بر موضوع، در حالی که یک شیء نمی تواند مقدم و مؤخر باشد.

پاسخ به اشکال دور

در پاسخ به این شبهه می گوییم: اوّلاً بدیهی است که این عناوین قصدیه اتفاق می افتد و با یک شبهه نمی توان از یک امر بدیهی رفع ید کرد. ثانیاً حلش به این است که وقتی شخصی می خواهد مثلاً به دیگری احترام بگذارد می داند که فعل به تنهایی مصداق احترام نیست، کما این که قصد احترام هم به تنهایی مصداق احترام به حمل شایع نیست. بدین جهت لازم است هم قصد احترام داشته باشد

و هم این که این قصد را به گونه ای ابراز کند. بنابراین قصد احترام می کند و این قصد احترام متوقف بر شیء خاصی غیر از مبادی قصد و اراده نیست و توقف قصد بر قصد هم لازم نمی آید و این قصدش را نیز با بلند شدن یا هدیه دادن یا کلاه از سر برداشتن ابراز می کند، لذا هیچ مشکلی ندارد و دور لازم نمی آید.

در بیع نیز چنین است؛ کسی که می خواهد چیزی را بفروشد و آن را به عوض تملیک به دیگری کند می داند صرف این که مبیع را إعطاء کند مصداق تملیک به عوض نمی شود و نیز می داند صرف قصد تملیک به عوض نیز تأثیری ندارد، لذا قصد خود را با فعل إعطاء ابراز می کند که این تملیک به عوض می شود و توقف بر قصد هم لازم نمی آید؛ چون وقتی به حمل شایع بیع می شود یک قصد بیشتر نیست و آن همراه إعطاء است. قصدی هم که قبل از إعطاء دارد به معنای غایت است و قصد تملیک با آن نمی شود. بنابراین یک قصد بر خودش مترتب نمی شود.

آیا به مجرد ایصال ثمن و أخذ مثمن بدون صدق اعطاء، معاطات محقق می شود؟

شیخ - رحمه الله علیه - بعد از آن که اثبات کردند معاطات هم به تعاطی محقق می شود و هم به اعطاء یک طرف و أخذ طرف دیگر، این مطلب را بیان می کنند که «ربما یدّعی انعقاد المعاطاه بمجرّد إیصال الثمن و أخذ المثمن من غیر صدق إعطاءٍ أصلًا، فضلًا عن التعاطی»(۱)؛ ادعا شده گاهی معاطات [یعنی بیع بدون صیغه] به مجرد ایصال

۱- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص۷۵: و ربما یدّعی انعقاد المعاطاه بمجرّد إیصال الثمن و أخذ المثمن من غیر صدق إعطاءٍ أصلًا، فضلًا عن التعاطی، کما تعارف أخذ الماء مع غیبه السقّاء، و وضع الفلس فی المکان المعدّ له إذا علم من حال السقّاء الرضا بذلک، و کذا غیر الماء من المحقّرات کالخضروات و نحوها، و من هذا القبیل الدخول فی الحمّام و وضع الأُجره فی کوز صاحب الحمّام مع غیبته. فالمعیار فی المعاطاه: وصول العوضین، أو أحدهما مع الرضا بالتصرّف، و یظهر ذلک من المحقّق الأردبیلی رحمه اللّه أیضاً فی مسأله المعاطاه، و سیأتی توضیح ذلک فی مقامه إن شاء اللّه.

ثمن و أخذ مثمن محقق می شود بدون آن که إعطاء و أخذ رخ دهد فضلاً عن التعاطی؛ مثلاً در زمان شیخ قدس سره - که سقّاها آب می فروختند، گاهی ظرف آب را در جایی می گذاشتند و مردم خودشان آب مورد نیازشان را برای رفع تشنگی برمی داشتند و پول آن را در ظرفی که در کنار آن تهیه شده بود می گذاشتند؛ یعنی مشتری متاع را أخذ می کرد و ثمن را به آن مکان معدّ لوضع الفلس ایصال می کرد بدون آن که إعطاء رخ داده باشد. مثال دیگری که مرحوم شیخ ذکر می کنند این است که فروشندگان بعضی محقرات مانند سبزی خوردن، آن را در جایی قرار می دهند و هر کسی که خواست مقدار معینی را برمی دارد و پولش را آن جا می گذارد. مثال دیگر که در قدیم خیلی مرسوم بود این است که مردم برای استحمام به حمامی که متصدی آن را گرم کرده بود می رفتند و پول حمام را داخل در ظرفی که تهیه شده بود می انداختند بدون آن که مستقیماً به متصدّی حمام پرداخت کنند. (البته این مثال برای إجاره ی معاطاتی است؛ چراکه حمام را اجاره می کردند و این طور نبوده که آب حمام را بخرند.)

مثال مدرن تر این که در بعضی مراکز دستگاه هایی تعبیه شده که اگر کسی اسکناس معینی را داخل شیار دستگاه بگذارد آن دستگاه اسکناس را به داخل می برد و در عوض یک نوشابه بیرون می آید و تحویل مشتری می دهد؛ یا دستگاه هایی که با کارت اعتباری آب شیرین به مشتری می دهد. یا خریدهای اینترنتی که یک نرم افزار متصدّی فروش است بدون آن که مالک مستقیماً در آن دخالت داشته باشد.

بعضی در مورد مثال اوّل یعنی آب خوردن از مخزنی که مربوط به سقا

است گفته انـد چنین بیعی اصـلاً غرری است؛ چراکه آب خوردن هر کس فرق داشـته و معلوم نیست هر فردی چقـدر آب می خورد! لذا چنین بیعی نمی تواند صـحیح باشد، ولی فرض ما جایی است که بیع از جهات دیگر مشـکلی ندارد؛ مثلاً سقّا پیمانه ای هم کنـار آب گذاشـته و ثمن هر پیمـانه ای را معین کرده است. آیـا بر این عمل که سـقّا به قصـد فروش آب را گذاشـته و مشتری به قصـد خریـد برمی دارد و ثمن را در ظرف قرار می دهد بیع صادق است؟ یا در مثال مدرن تر که دسـتگاه با دریافت پول مشخص نوشابه ی معیّنی می دهد و مالک آن به قصد فروش گذاشته بیع صادق است؟

حقیقت این است که هرچه مـا تأمـل کردیم مطمئن نشـدیم که بیع بر این هـا صادق باشـد، حتی اگر برای بیع گذاشـته شـده و مشتری هم به عنوان خریـد بردارد؛ چون صـرف این که دسـتگاه یک عمل مکانیکی انجام می دهد بدون آن که مالک بالفعل قصد إنشاء کرده باشد صدق بیع بر آن مشـکل است، هر چند مشتری قصد إنشاء کرده باشد. بله اگر به نحوی تحت کنترل بایع باشد که بتواند قصد إنشاء کند اشکالی ندارد.

اگر کسـی توانست احراز کنـد بر همه ی این موارد یـا بعض موارد بیع صـادق است فبهـا و الا اگر احراز نکرد راه های دیگری برای تصحیح چنین معامله ای وجود دارد از جمله:

راه های تصحیح معاملات مذکور علی فرض عدم صدق بیع

از طریق جعاله؛ به این صورت که اعلام می کند هر کسـی مثلاً هزار تومان را به دسـتگاه بیندازد به نحوی که من بتوانم تملّک کنم، من هم یک قوطی نوشابه به او تملیک می کنم. در جعاله لازم نیست کسـی که عمل را انجام می دهد موقع اعلام حاضر باشد یا وقتی عمل را انجام می دهد جُعل گذار خبر داشته باشد.

بنابراین چنین معامله ای را می توان از طریق جعاله تصحیح کرد که دیگر احکام بیع ندارد، بلکه احکام جعاله دارد.

از طریق «تجاره عن تراض»؛ بنابر مبنای این که تجارت اختصاص به خرید و فروش ندارد اطلاق آیه ی شریفه شامل چنین معامله ای می شود و از این طریق هم می توان آن را تصحیح کرد و اگر عرف آن را لازم بداند شرعاً نیز لازم شده و تملیک و تملّک با آن محقق می شود، ولی احکام خاص بیع مانند خیار مجلس، خیار تأخیر و ... را ندارد.

از طریق وکالت؛ به این صورت که صاحب متاع افرادی را که مثلاً ـ نوشابه می خواهند وکیل می کند از جانب وی إنشاء ایجاب (أعم از قول و فعل) کنند و سپس از طرف خودشان إنشاء قبول کنند تا عقد محقق شود. بنابراین کسی که نوشابه می خواهد با دادن پول به دستگاه إنشاء قبول می کند [که مقدم بر ایجاب است] و وقتی دستگاه نوشابه داد از طرف مالك إنشاء ایجاب [مؤخر] می کند؛ چون مالك او را وکیل بر ایجاب کرده و عقد محقق می شود.

إن قلت: مالك که کنار دستگاه حضور ندارد و نمی داند چه کسانی نوشابه می خواهند تا آنان را وکیل خود در ایجاب کند، در حالی که در وکالت لازم است وکیل مشخص باشد و نمی تواند مبهم باشد.

قلت: بله در وکالت لازم است وکیل مشخص باشد، ولی مانعی ندارد به نحو عموم و تحت عنوان کلی معین کند [به این نحو که اعلام کند هر کس که نوشابه می خواهد از طرف من وکیل است ایجاب کند.]

إن قلت: بین ایجاب و قبول باید موالات باشد در حالی که ممکن است بین ایجاب موکّل در وکالت و قبول وکیل خیلی فاصله باشد و در نتیجه موالات از بین برود.

قلت: در وکالت تصریح شده که «یُتّسعُ فیها ما لا یُتّسع فی غیرها» لذا مانعی ندارد در وکالت بین ایجاب و قبول فاصله افتد، هر وقت وکیل قبول کند وکالت محقق می شود.

ولی با این حال در صورتی می توان از طریق وکالت تصحیح معاملات مذکور کرد که وکیل از قِبَل موکّل قصد ایجاب کند وگرنه فضولی می شود مگر این که کسی بگوید چنین عقد فضولی که مالك راضی است، کفایت در صحت می کند و این مبنایی است در حالی که معمولاً کسانی که با دادن پول به دستگاه، نوشابه می گیرند یا با گذاشتن پول سبزی برمی دارند و ... اصلاً به ذهنشان خطور نمی کند که به وکالت از جانب مالك ایجاب کنند، آن هم در صورتی که مالك توکیل کرده باشد، حال آن که مالك هم معمولاً ـ غافل از وکالت و توکیل است. بنابراین این توجیه با آن چه در خارج اتفاق می افتد سازگار نیست.

توجیه درست همان جعاله، یا إباحه به عوض است، یا اگر کسی احراز کرد بیع صادق است مانعی ندارد، ولی به نظر می رسد که در موارد باید تفصیل داد؛ در برخی موارد به خاطر احاطه ای که مالك ولو با واسطه نسبت به کیفیت متاع، وقت فروش و کیفیت فروش دارد مانند فروش های اینترنتی هوشمند اقرب است که بیع صادق باشد و در برخی موارد چون مالك، آن إحاطه را ندارد مانند فروش سبزی که در محلی می گذارد یا دستگاهی که نوشابه می دهد بیع صادق نیست، هر چند باز احتیاج به تأمل بیشتر دارد.

طبق آن چه بیان کردیم معلوم شد «لفظ» خصوصیت در إنشاء ندارد، کما این که «فعل» هم خصوصیت در إنشاء ندارد، بلکه باید دالّ بر إنشاء وجود داشته باشد. به همین خاطر تعاطی از طرفین در صورتی که قرائن حالیه دلالت کند، در بیع معاطاتی کفایت می کند، کما این که با وجود قرائن، إعطاء از یک طرف و أخذ

از طرف دیگر نیز کفایت در معاطات می کند.

از ما ذکرنا روشن می شود اگر لفظی عرفاً از صیغ بیع نبود ولی دلالت بر إنشاء بیع داشت به نحوی که فعل دلالت دارد، مانعی نـدارد آن را هم بگوییم ایجاب و قبول است و بیع عرفی با آن محقق شـده و تمام آثار بیع عرفی را دارد و عمومات و اطلاقات هم شامل آن می شود.

تنبیه سوم: تمییز بایع از مشتری در معاطات

اشاره

همـان طور که قبلاًـ بیـان کردیم تمییز بـایع از مشـتری در بیع دارای اهمیت است؛ زیرا بـایع احکـامی در شـرع دارد که مشتری نـدارد و مشتری نیز احکامی دارد که بایع نـدارد؛ مثلًا اگر مشتری سه روز در پرداخت ثمن تأخیر داشـته باشـد بایع خیار فسـخ معـامله را دارد یا در روایت وارد شـده که مشتری حیوان تا سه روز خیار فسـخ دارد. تمییز بایع از مشتری در معاطات از آن جا که لفظ «بعتُ» و «اشتریتُ» به کار نمی رود و بیع با إعطاء طرفین یا یک طرف محقق می شود مشکل است.

با تعریفی که ما از بیع به «تبدیل مالٍ بمالٍ مّا اعتباراً» ارائه کردیم ملاک تمییز بایع از مشتری را این طور توضیـح دادیم که بایع کسـی است که مالش را به صورت فعل و هجمه می خواهـد به عوض تبـدیل کنـد، مال را از خود دور می کنـد تا عوضـی در مقابل أخـذ کنـد و مشتری کسـی است که این عمل تهاجمی و فعال بایع را منفعلانه قبول می کنـد. تبدیل هم حالات متفاوتی داشـته و به دلایل مختلف می توانـد باشـد؛ مثلًا کسـی تولیـد کننده است و کالایی را فراوان تولید کرده و می خواهد آن را به نقود و پول رایـج تبـدیل کنـد. گاهی می خواهـد کالایش را به کالایی بهتر یا متفاوت تبدیل کند؛ مثلًا کسـی اتومبیلی دارد و نمی خواهـد تبدیل به نقود کند تا از مزایای نقدینگی بهره مند شود، بلکه می خواهد به اتومبیلی مدل بالاتر یا نوع دیگر تبدیل کند؛ مثلًا اتومبیل سواری دارد و با کسـی که وانت دارد معامله می کند. این جا نیز کسی که در مقام إنشاء حالت فعالیت دارد بایع است و آن کسـی که قبول می کند مشتری است، هر چند مشتری هم چه بسا می خواست ماشـینش را به ماشین بایع تبدیل کنـد، ولی چون او در عـالم اعتبـار و إنشـاء این فعـالیت را نکرد بلکه حـالت انفعـال نسبت به فعـل طرف مقابل به خود گرفت مشتری است. بله همان مشتری اگر حالت فعل به خود بگیرد و بگوید من وانتم

را به سواری تو تبدیل می کند و موقع إنشاء حالت تهاجم داشته باشد و طرف مقابل قبول کند او بایع می شود و طرف مقابل مشتری.

ولی گاهی چنین نیست که یکی از متعاملین موقع إنشاء فعال و طرف مقابل حالت انفعال داشته باشد، بلکه هر یک می خواهند اتومبیلشان را عوض کنند و در عالم إنشاء و اعتبار یکی فعال و دیگری منفعل نیست، که در چنین صورتی دیگر بیع صادق نیست، بلکه معاوضه می باشد که صحت آن را می توان از ادله ی عامه یا سیره ی عقلاء اثبات کرد؛ چراکه ادله ی عامه مانند (أوفوا بالعقود) شامل چنین معامله ای می شود هر چند تحت هیچ یک از عناوین شناخته شده قرار نگیرد و این نوع «معاوضه» در سیره ی عقلاء هم رایج بوده و مورد ردع قرار نگرفته است.

در معاطات هم این معیار تشخیص بایع از مشتری ساری و جاری است؛ یعنی اگر فعل یکی از متعاملین به گونه ای باشد که دالّ بر فعال بودن و ایجاب باشد آن شخص بایع است و طرف مقابل مشتری.

امّا اگر فعل چنین دلالتی نداشته باشد که کدام موجب است و کدام قابل، تمییز مشکل می شود. بعید نیست همان طور که مرحوم شیخ(۱) فرموده اگر یکی از متعاملین نقود و پول رایج دهد و طرف مقابل متاع دهد عرفاً قرینه باشد بر این که آن کس که متاع می دهد بایع است و آن کس که پول رایج می دهد مشتری است هر چند دادن پول رایج مقدم باشد.

به روش دیگر نیز می توان بایع را از مشتری متمایز کرد هر چند هر دو متاع عرضه می کنند یا هر دو نقد؛ مثلاً داخل ایران یکی ارز اروپا (یورو) را با ارز

۱- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص۷۷: تميّز البائع من المشتری فی المعاطاه الفعليّه مع كون أحد العوضين ممّا تعارف جعله ثمناً كالدراهم و الدنانير و الفلوس المسكوكه واضح؛ فإنّ صاحب الثمن هو المشتری ما لم يصرّح بالخلاف.

ایالات متحده (دلار) معاوضه می کند؛ فرضاً اگر یکی از آن دو کارش دلار فروشی است قرینه است بر این که بایع است و کسی که نزد او می رود یورو می دهد مشتری است. امّا اگر این قرینه هم وجود نداشته باشد و به صورت معاطات یکی دلار بدهد و دیگری یورو، یا هر دو متاع بدهند، در این که کدام بایع است و کدام مشتری، مرحوم شیخ چهار احتمال ذکر می کنند که عبارتند از:

چهار احتمال شیخ قدس سره – در تمییز بایع از مشتری در موارد عدم قرینه بر فعل و انفعال

احتمال اوّل(۱): هر دو بایع و هر دو مشتری باشند. امّا این که هر دو بایع باشند چون تعریف بیع «مبادله مالٍ بمالٍ» بر عمل هر دو صادق است؛ چراکه هر

۱- المکاسب المحرمه (ط – الحدیثه)، ج ۳، ص۷۷: و لو لم یلاحظ إلّا کون أحدهما بدلًا عن الآخر من دون نیّه قیام أحدهما مقام الثمن فی العوضیّه، أو لوحظ القیمه فی کلیهما، بأن لوحظ کون المقدار من اللحم بدرهم، و ذلک المقدار من الحنطه بدرهم، فتعاطیا من غیر سبق مقاوله تدلّ علی کون أحدهما بالخصوص بائعاً: ففی کونه بیعاً و شراءً بالنسبه إلی کلٍّ منهما؛ بناءً علی أنّ البیع لغهً کما عرفت مبادله مالٍ بمال، و الاشتراء: ترک شیءٍ و الأخذ بغیره کما عن بعض أهل اللغه فیصدق علی صاحب اللحم أنّه باعه بحنطه، و أنّه اشتری الحنطه، فیحنث لو حلف علی عدم بیع اللحم و عدم شراء الحنطه. نعم، لا یترتّب علیهما أحکام البائع و لا المشتری؛ لانصرافهما فی أدلّه تلک الأحکام إلی من اختصّ بصفه البیع أو الشراء، فلا یعمّ من کان فی معامله واحده مصداقاً لهما باعتبارین. أو کونه بیعاً بالنسبه إلی من یعطی أوّلًا؛ لصدق الموجب علیه، و شراءً بالنسبه إلی الآخذ؛ لکونه قابلًا عرفاً. أو کونها معاطاه مصالحه؛ لأنّها بمعنی التسالم علی شیء؛ و لذا حملوا الروایه الوارده فی قول أحد الشریکین لصاحبه: «لک ما عندک، و لی ما عندی» علی الصلح. أو کونها معاوضه مستقلّه لا یدخل تحت العناوین المتعارفه، وجوه. لا یخلو ثانیها عن قوّه؛ لصدق تعریف «البائع» لغهً و عرفاً علی الدافع أوّلًا، دون الآخر، و صدق «المشتری» علی الآخذ أوّلًا، دون الآخر، فتدبّر.

دو مالشـان را مبـادله کردنـد. و امّا هر دو مشتری باشـند آن هم چون تعریف اشتراء «ترک شـیءٍ و الأخـذ بغیره» بر عمل هر دو صادق است، پس هر دو هم بایعند و هم مشتری.

ولی این احتمال درست نیست؛ زیرا ما در تعریف بیع به جای «مبادله»، «تبـدیل» بیان کردیم که فعل بایع است و «اشتراء» انفعال آن تبـدیل است. لـذا چون در این جـا نمی توان یکی را فعّال و دیگری را منفعل تلقّی کرد، پس بر هیـچ کـدام بایع یا مشتری صادق نیست.

احتمال دوم: هر کسـی که ابتدا به اعطاء کرده بایع است؛ چون عرف او را موجب می داند و کسی که بعداً اعطاء می کند قابل و مشتری است.

این احتمال هم درست نیست؛ زیرا صـرف این که کسـی ابتـدا به إعطاء می کند علامت موجب بودن نیست و چنان که خواهد آمـد قابل هم می توانـد ابتـدا به إعطاء کنـد [یا در بیع بالصـیغه] بگوید: من از الان آن چه را که تو در آینده انجام خواهی داد پـذیرا هسـتم. عنـد العقلاء پـذیرش قبل از ایجاب در اعتباریات شـناخته شـده است. علاوه آن که اگر هم زمان إعطاء کننـد باز مشـکل لا ینحل باقی می مانـد و شایـد این که مرحوم شـیخ در آخر بعـد از تقویت احتمال دوم می فرماید «فتدبّر» اشاره به این مطلب باشد که اگر هم زمان إعطاء کردند آن وقت ملاک تمییز بایع از مشتری چیست؟

احتمال سوم: این که اصـلًا این جا معاطات بیعی نیست و موجب و قابل ندارد، بلکه مصالحه ی معاطاتی است و هر دو مصالحه می کننـد به این صورت که مثلاً یکی کتابش را به قلم طرف مقابل مصالحه می کنـد و طرف مقابل نیز قلمش را به کتاب وی مصالحه می کند.

این احتمال نیز صحیح نیست؛ زیرا:

اوّلاً: مصالحه هم احتیاج به موجب و قابل دارد و هر دو نمی توانند عنصر فعّال باشند، لذا باز این سؤال باقی می ماند که کدام موجب است و کدام قابل؟

ثانیاً: ماهیت صلح، إنشاء سازش است در حالی که این جا إنشاء سازش نکرده اند، بلکه روی مبادله عنایت دارند و مبادله می کنند نه سازش.

احتمال چهارم: معاوضه ی مستقلی است که تحت عناوین متعارفه نمی باشد. چنین معاوضه ای در میان عقلاء خصوصاً جامعه های بسیط که جنس را با جنس عوض می کنند رایج است و تحت هیچ یک از عناوین شناخته شده مانند بیع، هبه، جعاله، مصالحه و ... هم قرار نمی گیرد.

این احتمال، احتمال خوبی است؛ زیرا معاوضه عند العقلاء شیءٌ برأسهاست و نوعی معامله است که تحت عناوین شناخته شده قرار نمی گیرد و اگر هیچ اطلاق و عمومی نبود إلا همین سیره ی عقلائیه ی غیر مردوعه، کافی بود در امضاء و مشروعیت آن؛ زیرا امر رایجی است که متصلاً تا زمان معصوم علیه السلام - بوده و شاید در آن زمان بیشتر هم بوده و ردعی از جانب شارع نرسیده، پس کشف إمضاء می شود؛ چه رسد به آن که برای اثبات صحت آن می توان به عموماتی مانند (تجاره عن تراضٍ) بنابر این که بر این نوع معاوضه تجارت صادق باشد تمسّک کرد و اگر کسی در صدق تجارت بر این نوع معاوضه مناقشه کرد کافیست در اثبات صحت و لزوم آن، تمسک به عموم (اوفوا بالعقود).

تنبیه چهارم: وجوه چهارگانه ی معاطات به حسب قصد متعاطیین

اشاره

تنبیه چهارمی که جناب شیخ ذکر کرده و حاوی مطالب مهم و کاربردی است اختصاص به این امر دارد که معاطات به حسب قصد متعاطیین در إعطاء مالشان به یکدیگر به اقسامی منقسم می شود. گرچه صور و انقسامات کثیری می توان برای مسأله فرض کرد، ولی شیخ - رحمه الله علیه - بیش از چهار قسم مأنوس را بررسی نمی کنند و شاید به اقسام دیگر هم توجه داشتند و این که متعرض نشدند به این خاطر بوده که یا واقع نمی شود یا حکمش از آن چه در این جا ذکر فرمودند روشن می شود و دیگر نیازی به تطویل نیست. به هر حال چهار وجهی که مرحوم شیخ ذکر می کنند عبارتند از:

وجه اوّل(۱): هر یک از متعاطیین قصد کنند مالشان را در قبال مال طرف مقابل تملیک کنند و طرف مقابل با أخذ خود آن مال را قبول کرده و متملک شود در ازاء آن چه که به إعطاء کننده دفع می کند. پس در حقیقت آن کسی که اوّل اعطاء می کند موجب است و کسی که أخذ می کند قابل است و إعطاء دوم هیچ انشائی در بر ندارد، بلکه آن چه را که به إزاء تملّک بر خود ملتزم شده دفع می کند.

۱- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۸۰: الأمر الرابع: أنّ أصل المعاطاه و هی إعطاء کلٍّ منهما الآخر ماله یتصوّر بحسب قصد المتعاطیین علی وجوه: أحدها: أن یقصد کلٌّ منهما تملیک ماله بمال الآخر، فیکون الآخر فی أخذه قابلًا و متملّکاً بإزاء ما یدفعه، فلا یکون فی دفعه العوض إنشاء تملیکٍ، بل دفع لما التزمه علی نفسه بإزاء ما تملّکه، فیکون الإیجاب و القبول بدفع العین الاولی و قبضها، فدفع العین الثانی خارج عن حقیقه المعاطاه، فلو مات الآخذ قبل دفع ماله مات بعد تمام المعاطاه؛ و بهذا الوجه صحّحنا سابقاً عدم توقّف المعاطاه علی قبض کلا العوضین، فیکون إطلاق المعاطاه علیه من حیث حصول المعامله فیه بالعطاء دون القول، لا من حیث کونها متقوّمه بالعطاء من الطرفین. و مثله فی هذا الإطلاق: لفظ «المصالحه» و «المساقاه» و «المزارعه» و «المؤاجره» و غیرها، و بهذا الإطلاق یستعمل المعاطاه فی الرهن و القرض و الهبه، و ربما یستعمل فی المعامله الحاصله بالفعل و لو لم یکن عطاء، و فی صحّته تأمّل.

لازم به ذکر است این که جناب شیخ ابتدا فرمودند: «هر یک از طرفین تملیک مالشان را در ازاء مال دیگری قصد کنند» خدمت ایشان عرض می کنیم طبق تعریفی که از بیع ارائه کردیم این بایع است که مالش را در قبال تملّک مال مشتری تملیک می کند و مشتری فقط قبول می کند. بنابراین قصد تملیک مشتری به نحو تبعی است. این بیان با توضیح بعدی جناب شیخ هم بیشتر سازگاری دارد که اعطاء اوّل ایجاب است و أخذ آن قبول و بیع محقق می شود، سپس مشتری که عوض را می دهد إنشاء قبول نمی کند، بلکه در حقیقت به آن چه که با أخذ ملتزم شده وفا می کند. بدین جهت بهتر بود جناب شیخ به جای عبارت «أن یقصد کلٌّ منهما تملیک ماله بمال الآخر» می فرمودند «أن یقصد أحدهما تملیک ماله بمال الآخر»؛ مگر این که مرادشان این باشد که مشتری تملیک تبعی می کند.

مرحوم شیخ سپس می فرماید: از آن جا که در این وجه با إعطاء و أخذ اوّل ایجاب و قبول محقق شده و بیع منعقد می شود، اگر آخذ قبل از دفع مال خود بمیرد بر ورّاث لازم است به عنوان وفای به معامله آن را به معطی تحویل دهند؛ چون بیع معاطاتی محقق شده و دیگر حالت انتظاریه ای نیست.

اطلاق معاطات بر چنین معامله ای همان طور که قبلاً بیان کردیم از این حیث است که معامله با عطاء انجام می شود نه با قول و إلا عطاء دوم دخیل در تحقق و انعقاد بیع نیست. کما این که در «مصالحه»، «مساقات»، «مزارعه» و «مؤاجره» هم که از باب مفاعله است این طور نیست که حتماً دو طرف عمل را انجام دهند، بلکه در مصالحه یکی صلح می کند و دیگری قبول می کند یا در مزارعه زارع است که زرع می کند و کسی که زمین را می دهد زرع نمی کند، ولی چون به هر حال طرف دیگر به نوعی دخیل است باب مفاعله به کار برده می شود. کما این که در رهن معاطاتی، قرض و هبه ی معاطاتی نیز عطاء از طرفین نیست، ولی با این

حـال معاطـات بر آن اطلاـق می شود و اصـلاً گـاهی معاطـات بر معاملاـتی اطلاـق می شود که عطاء حتی از جانب واحـد هم نیست، مثل معاملاتی که با اشاره انجام می شود، هر چنـد مرحوم شـیخ می فرمایـد «و فی صـحته تأمل» ولی ما قبلاً بیان کردیم اگر اشاره واقعاً دلالت بر آن عقدی که قصد کرده اند داشته باشد با عمومات و نیز سیره ی عقلاء قابل تصحیح است.

وجه دوم(۱): هر یـک از متعاطیین مالش را به دیگری تملیک کنـد به إزاء این که دیگری نیز مالش را به او تملیک کنـد و در حقیقت تملیک به إزاء تملیک باشد.

در صورت قبـل، تملیـک به إزاء مـال طرف مقابل بود که تملّک می کرد، امّا در این صورت تملیک در مقابل تملیک است و هر دو فعّال می باشـند. پس مقاوله بین تملیکین است؛ نه ملکین و نتیجه اش آن است که اگر اولی تملیک کرد و دومی قبل از این که تملیک کند از دنیا رفت معاطات محقق نشده است.

مرحوم شـیخ در این وجه مناقشه می کننـد و می فرماینـد: این وجه بعیـد از معنای بیع است؛ زیرا بیع «تملیکُ مالٍ بمالٍ» است و عوض در بیع مال است، در حالی که در این جا عوض «تملیک» است، لذا اقرب آن است که بگوییم هبه ی معوّضه است؛ زیرا هر یک از دو مال بدون عوض است، ولی سپس می فرماید مشکل

۱- همان، ص۸۱: ثانیهـا: أن یقصـد کـلّ منهمـا تملیک الآخر ماله بإزاء تملیک ماله إیّاه، فیکون تملیکاً بإزاء تملیک، فالمقاوله بین التملیکین لاـ الملکین، و المعـامله متقوّمه بالعطاء من الطرفین، فلو مات الثانی قبل الـدفع لم یتحقّق المعاطاه. و هـذا بعیـد عن معنی البیع و قریب إلی الهبه المعوّضه؛ لکون کلٍّ من المالین خالیاً عن العوض، لکن إجراء حکم الهبه المعوّضه علیه مشکل؛ إذ لو لم یملکه الثـانی هنا لم یتحقّق التملیک من الأوّل؛ لأنّه إنّما ملکه بإزاء تملیکه، فما لم یتحقّق تملیک الثانی لم یتحقّق تملیکه، إلّا أن یکون تملیـک الآخر له ملحوظاً عنـد تملیک الأوّل علی نحو الـداعی، لا العوض، فلا یقـدح تخلّفه. فالأولی أن یقال: إنّها مصالحه و تسالم علی أمرٍ معیّن أو معاوضه مستقلّه.

است که بگوییم هبه ی معوّضه است؛ چون در هبه تملیک است مجاناً و ذات هبه مجانیت را دارد و اگر عوضی شرط شود خارج از حقیقت هبه است و به عنوان شرط لازم الوفاء می باشد. امّا در ما نحن فیه فرض این است که تملیک به إزاء تملیک است و این با تملیک مجانی سازگار نیست؛ مگر این که بگوییم تملیک به إزاء تملیک نیست، بلکه هنگام تملیک اوّل، تملیک دوم به عنوان داعی لحاظ شده است؛ یعنی در حاقّ إنشاء، تملیک در مقابل تملیک نیست، بلکه تملیک مجانی است تا طرف مقابل نیز انگیزه پیدا کند تملیک کند.

ولی اولی آن است که بگوییم چنین معامله ای یا مصالحه و تسالم بر امر معلوم است؛ یعنی مصالحه ی تملیک است در قبال تملیک، یا این که معاوضه ی مستقل است.

وجه سوم: معطیِ اوّل قصد إباحه می کند در مقابل تملّک عوض؛ مثلاً کتابش را برای استفاده إباحه می کند تملیک نمی کند در مقابل این که صد تومان ملکش شود. ایجاب در این وجه به همان إعطاء محقق می شود و قبول، هم می تواند به أخذ باشد و هم به إعطاء عوض.(۱)

وجه چهارم: هر یک از طرفین قصد إباحه می کنند به إزاء إباحه ی طرف مقابل؛ مثلاً زید کتابش را به عمرو إباحه می کند در قبال این که عمرو هم قلمش را به زید إباحه کند. در این وجه إباحه در مقابل إباحه است.

وجه دیگری را نیز مرحوم شیخ در ضمن می فرماید و آن این که یکی از طرفین مالش را إباحه کند به داعی این که طرف مقابل هم مالش را إباحه کند که

۱- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص۸۲: ثالثها: أن یقصد الأوّل إباحه ماله بعوض، فیقبل الآخر بأخذه إیّاه، فیکون الصادر من الأوّل الإباحه بالعوض، و من الثانی بقبوله لها التملیک، کما لو صرّح بقوله: أبحت لک کذا بدرهم.

این دیگر چون به حد شرط نرسیده و فقط در حد داعی است معاوضه نیست.(۱)

بررسی وجه دوم (تملیک به إزاء تملیک)

در معاطات معمولاً ـ عوضین هر دو عین هستند که اگر به لفظ بیان شود به این صورت است: «ملّکتکَ کتابی بقلمکَ»، ولی گاهی عوض عین نیست بلکه فعل است؛ چون همان طور که قبلاً ـ بیان کردیم عمل حرّ می تواند به عنوان عوض واقع شود. عمل حرّ هم گاهی عمل تکوینی است مانند بنّایی، خیّاطی و ... و گاهی هم عمل از حیثی اعتباری است مانند «تملیک».

در وجه دوم عوض فعل است آن هم فعل اعتباری تملیک؛ مثلاً کتاب را تملیک می کند در قبال فعل تملیک طرف مقابل که اگر به لفظ بیان شود به این صورت می شود: «ملّکتکَ کتابی هذا بتملیککَ إیای قلمکَ». پس در این وجه عوض «قلم» نیست، بلکه «تملیک قلم» عوض می باشد، لذا معطی اوّل در این معامله مالک قلم نشده، بلکه مالک فعل طرف مقابل شده که «تملیک قلم» باشد.

اشکال اوّل محقق نائینی قدس سره – بر وجه دوم

اشاره

محقق نائینی قدس سره – در اشکال به این وجه فرموده است(۲): تملیک به عنوان یک

۱- همان: رابعها: أن یقصد کلّ منهما الإباحه بإزاء إباحه الآخر، فیکون إباحه بإزاء إباحه، أو إباحه بداعی إباحه، علی ما تقدّم نظیره فی الوجه الثانی من إمکان تصوّره علی نحو الداعی، و علی نحو العوضیه.

۲- منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، ج ۱، ص۷۱: ثم لا یخفی أن الوجوه المتصوّره فیما إذا قصدا التّملیک أو الإباحه أزید ممّا ذکره قدس سره و إنّما لم یذکرها لخروجها عمّا هو المتعارف من قصد المتعاطیین مع أنّ منها ما لا دلیل علی صحّته کما لو قصد أحدهما تبدیل ماله بتملیک الآخر و هو الفعل الخارجیّ الصّادر من المشتری فیکون من بیع الأموال بالأعمال و کما لو أوقعا المعامله علی وجه الإباحه أی تبدیل المباح بالمباح أمّا الأوّل فلبطلانه فی المقام و إن صحّ بیع الأموال بالأعمال و ذلک لأنّ العمل الّذی یقابل بالمال یشترط کونه مقصودا بالاستقلال لا آلیا و طریقا لتحصیل المال کما فی المثال لأنّه لیس التّملیک بالمعنی المصدری مالا بل المال هو الحاصل من المصدر و لیس هذا الفعل إلّا آله لحصول اسم المصدر فلا یمکن أن یقابل بالمال و فرق بین البیع بإزاء التّملیک و بیع المال علی أن یخیط له ثوبا أو یجری له صیغه عقد أو یبیع مالا من أموال البائع فإنّ الفعل فی الأوّل آلی بخلاف الثّانی فإنّه استقلالی یبذل بإزائه المال. و بالجمله الأعمال الّتی تقابل بالمال هی ما یصحّ أن یتعلّق به الإجاره و إجاره الإنسان لأن یبیع ماله علی المؤجر باطله و الفرق بین التّملیک و سائر الأعمال یظهر فی وقوعها شرطا فی ضمن عقد لازم فإنّه لو تخلف من اشترط علیه التّملیک ینوب عنه الحاکم أو عدول المؤمنین أو فسّاقهم أو نفس المشترط کلّ لاحق بعد تعذّر سابقه و هذا بخلاف سائر الأعمال فإنّه بمجرّد التخلف یتعذّر الشّرط و یثبت الخیار و السرّ فیه أنّ التّملیک طریقیّ آلیّ لا یشترط فیه المباشره و أمّا الثّانی فلأنّ الإباحه لیست بنفسها أمرا حاصلا للمالک لأنّ ما هو الحاصل له هو الملکیه

و هى قـابله للتبـديل لأنّ زمـام أمرها بيـده بخلاف المباحيّه فإنّها تحصـيل بإباحه المالك لغيره و ليست هى حاصـله للمالک فى عرض الملـک و جواز تصـرف المالک فى ملكه من آثار مالكيته لا من آثار إباحته له. • المكاسب و البيع (للميرزا النائينى)، ج ۱، ص۲۰۷: ان التمليـک لاـ يخلو امـا أن يراد به معنـاه المصـدرى أعنى تبـديل اضافه بإضافه بما هو فعل الفاعل أو يراد به معناه الاسم المصدرى أعنى مبادله احدى العلقتين بالأخرى التى هى نتيجه تبديل الإضافتين،، و شـى ء منهما لا يكون قابلا للمعاوضه. أما معناه المصدرى فلأنه ليس مما يبذل بإزائه العوض لأنه ملحوظ للمتعاوضـين كالمعنى الحرفى بما هو غير مسـتقل فى اللحاظ بـل بمـا هو وصـله و مقـدمه لإيجـاد معنى الاـسم المصـدرى و هـذا معلوم بالوجـدان ضـروره أن مقصود المتعاوضـين ليس فعل التمليک بما هو فعل صادر عنهما بحيث كان الغرض فى نفس الفعل من حيث هو فعل.

فعل و به معنای مصـدری از آن جا که مالیت ندارد و مال نیست نمی تواند عوض واقع شود. مال آن چیزی است که از تملیک حاصل می شود و حاصل مصدر است. به عبارت دیگر «تملیک» معنای حرفی و ما به یُنظر است، لذا چون مالیت ندارد **لا** یُقابَل بِالمال و عقـدی که عوضـش تملیک بما هو مصـدرٌ باشد مشـمول کریمه ی (**لا** تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل) بوده و فاسد می باشد.

إن قلت: عمل حرّ که می تواند به عنوان عوض واقع شود؛ مثلاً کسی کتابش را

به دیگری بفروشد به إزاء این که برای او خیاطت (به معنای مصدری) کند.

قلت: بله عمل حرّ مانند خیاطت می تواند به عنوان عوض واقع شود؛ چون خیاطت معنای استقلالی داشته و ما فیه یُنظر است، لذا یُبذل بإزائه المال و مالیت دارد، ولی «تملیک» یک معنای حرفی و آلی است که خودش ارزش مالی ندارد و صرف آلت است، لذا لا یُبذل بإزائه المال و نمی تواند به عنوان عوض واقع شود.

نقد اشکال اوّل محقق نائینی قدس سره –

در نقد فرمایش محقق نائینی می گوییم:

اوّلاً: افعال تکوینی مانند خیاطت هم گاهی مقصود بالأصاله نیست و آلی است. خیاطت به معنای مصدری معمولاً ارزش ندارد، بلکه به معنای اسم مصدری و آن چه از خیاطت حاصل می شود ارزش دارد، لذا اگر خیاط بتواند لباس را به صورت دوخته تحویل دهد بدون آن که خیاطت کند بُرش و کوک بزند کفایت می کند، مگر این که کسی شرط کرده باشد خیاطت کند.

ثانیاً: مصدر و اسم مصدر قابل تفکیک از هم نیست. هر مصدری اسم مصدر را قهراً به دنبال دارد و به یک معنا اصلاً مصدر و اسم مصدر یکی است و اعتباراً تفاوت دارند لذا مصدر نیز بین عرف و عقلاء مورد رغبت است و می تواند مالیت داشته باشد.

اشکال دوم محقق نائینی قدس سره – بر وجه دوم

اشاره

هر مالکی تسلط بر مملوکش داشته و می تواند تقلیب و تقلب در آن کرده و به دیگری نقل دهد، امّا دیگر تسلط بر تملیک خود ندارد و مالکِ تملیک خود نیست و الا اگر هر ملکیتی، مالکیتش تحت ملکیت باشد دوباره آن مالکیتی که تحت ملکیت است تحت ملکیت دیگری خواهد بود و تا بی نهایت مالکیت و

ملکیت بایـد وجود داشـته باشـد، لذا تملیک نمی تواند به عنوان عوض واقع شود؛ چون تملیک مملوک کسـی نیست و کسـی مالکیت بر مملوک خود ندارد و نمی تواند آن را به دیگری نقل کند.(۱)

نقد اشکال دوم محقق نائینی بر وجه دوم

همانطور که قبلاً نیز بیان کردیم همین که آخـذ مختار است قلمش را تملیک معطی کنـد یا نکند و به صورت قهری نیست، به این معناست که تسلّط بر تملیک دارد و همین تسلط تکوینی بر تملیک کافی است در این که تملیک بتواند به عنوان ثمن واقع شود و لازم نیست تملیک به ملکیت اعتباری تحت اختیار باشد، بلکه به ملکیت تکوینی تحت اختیار باشد نیز کفایت می کند، لذا این اشکال که لازم می آید تا بی نهایت ملکیت و مالکیت وجود داشته باشد نیز دفع می شود.

با دفع این دو اشکال می گوییم چنین معاوضه ای می تواند تحت عنوان بیع قرار گیرد و مشکلی ندارد.

احتیاج تملیک دوم به قبول در وجه دوم

همان طور که بیان کردیم بیع با إعطاء اوّل و أخذ طرف مقابل به قصد قبول

۱- المکاسب و البیع (للمیرزا النائینی)، ج ۱، ص۲۰۷: و أما معناه بالاسم المصدری فلأن الملکیه اعنی السلطنه الخاصه و الإضافه المخصوصه القائمه بین المال و المالک هی سلطنه موجبه لصحه التصرفات الصادره عن المالک فی ماله من الإعطاء و النقل و کل تصرف،، فهی سلطنه علی المال و هو بهذه العلقه سلطان علی ماله فی نقله و تقلیبه و تقلبه و هذه السلطنه بنفسها لا تکون منشأ لسلطنه المالک علی تقلیب هذه السلطنه نفسها بحیث یبدلها من مکانها الی مکان آخر و لا یکون فی البین سلطنه أخری علی تلک السلطنه لکی یصیر بالسلطنه الثانیه سلطانا علی السلطنه الاولی و إلا لتسلسل فهو سلطان علی المال لا أنه سلطان علی السلطنه علی المال و إذا لم تکن سلطنته تحت سلطانه فلیس له تبدیلها و لا تحویلها بل انما هو بها یکون مسلطا علی تبدیل المال فظهر أن تبدیل الملکیه فی حد نفسه غیر معقول.

محقق می شود و آخذ به عنوان وفاء به عقد باید قلم را به معطی تملیک کند؛ چون مُعطی مستحق آن تملیک است، ولی باید این نکته را توجه داشت که این تملیکِ از طرف آخذ به عنوان وفاء به عقد احتیاج به قبول طرف مقابل دارد؛ چراکه نزد عقلاء معهود نیست به صرف تملیک و بدون قبولِ طرف مقابل چیزی به ملکیت انسان درآید. پس تملیک دوم احتیاج به قبول دارد و از آن جا که این تملیک بلاـ عوض است معلوم می شود حقیقت آن هبه است بدون این که از عوض بودن برای بیع خارج شده باشد. به عبارت دیگر بیعی است که ثمن آن، فعل هبه است؛ چون ثمن، تملیک بلا عوض است.

إن قلت: تعریف هبه ی معوّضه بر آن صدق می کند؛ چراکه این تملیک قلم در مقابل تملیک کتاب قرار گرفته است.

قلت: حقیقت هبه ی معوّضه تملیک مجانی است و ما بإزاء ندارد، فقط در ضمن عقد شرط می شود طرف مقابل هم هبه کند که طبق «المؤمنون عند شروطهم» موظّف است به آن وفاء کند و اگر تملیک نکند تخلف از شرط کرده، ولی احکام بیع را ندارد. امّا در ما نحن فیه که تملیک به عنوان ثمن در بیع واقع می شود وفاء به آن به خاطر شرط ضمن عقد هبه نیست، بلکه به خاطر بیع است و اگر دلیل «المؤمنون عند شروطهم» هم وجود نداشت باز وفاء به آن لازم بود. بنابراین فعل هبه به عنوان ثمن در بیع واقع شده است.

اشکال محقق اصفهانی قدس سره – در مقابله ی بین تملیکین

اشاره

محقق اصفهانی – رحمه الله علیه – ابتدا می فرمایند(۱): «إن أصل المقابله بین التملیکین فیه غموض

۱- حاشیه کتاب المکاسب (للأصفهانی، ط – الحدیثه)، ج ۱، ص۱۶۲: تنقیح المقام برسم أمور: منها: أنّ الکلام فی صحه التملیک بإزاء التملیک، فإرجاعه إلی المقابله بین المال و التملیک خلف، فلا وجه لما عن شیخنا الأستاذ من إرجاعه إلیه، فإنّه کما مرّ مما لاـ اشکال فیه، فلاـ وجه لتعرضه إلّا من حیث عوضیه التملیک، فتدبر. و منها: أنّ أصل المقابله بین التملیکین فیه غموض و خفاء، فإنّ التملیک بالإعطاء حال تعلّقه بمتعلقه ملحوظ آلی، و فی جعل نفسه معوّضا یحتاج إلی لحاظ استقلالی، و لا یعقل اجتماع اللحاظین المتباینین فی ملحوظ واحد، فلا بد من أن یکون هذه المعامله فی ضمن معامله أخری کالصلح علی التملیک بإزاء التملیک، فیستحق کل منهما التملیک من الآخر بإزاء تملیک نفسه.

و خفـاء»؛ این که تملیکی معـوّض و تملیکی دیگر عوض واقع شود دارای غموض و خفـاء است، ولی بر اسـاس برهـانی که در ادامه ذکر می کنند معلوم می شود چنین تقابلی محال است و آن این که:

لازمه ی چنین بیعی جمع بین لحـاظ آلی و لحاظ اسـتقلالی در موضوع واحـد است، در حالی که چنین چیزی ممکن نیست و نمی توان در یک عمل، جمع بین لحاظ آلی و حرفی و لحاظ استقلالی کرد.

توضیح مطلب این که در تملیک اوّل که مُعطی کتاب را تملیک می کند و آخذ آن را قبول می کند، «کتاب» ما فیه یُنظر است و «تملیـک» مـا به یُنظر؛ چون آن چه مورد التفـات و توجه است کتـاب است و تملیـک مورد التفـات اسـتقلالی نیست، بلکه به عنوان آلـتی است که کتـاب به ملـک آخـذ در آیـد. از طرف دیگر چون تملیـک به عنوان معوّض واقع شـده بایـد مورد توجه اسـتقلالی باشـد. بنـابراین لازم می آیـد در یـک عمـل (إعطـاء) که إنشـاء ایجاب با آن محقق می شود جمع بین لحاظ آلی و اسـتقلالی شـده باشد؛ چون از این حیث که «تملیک» مملوک را به طرف مقابل منتقل می کند ملحوظ آلی و حرفی است و از این حیث که «تملیک» معوّض است ملحوظ استقلالی است، در حالی که این دو لحاظ با هم تضاد دارند و در یک لحاظ قابل جمع نیستند.

محقق اصفهانی قدس سره - می فرماید: تنها راه تصحیح چنین معامله ای که عوضین «تملیک» باشد آن است که در ضمن عقد دیگری مانند صلح محقق شود؛ مثلاً مصالحه کنند که تملیک کتاب به إزاء تملیک قلم باشد؛ چراکه در این صورت فقط نگاه استقلالی به تملیک می شود و «یستحق کل منهما التملیک من الآخر بإزاء تملیک نفسه».

این کلام محقق اصفهانی قدس سره - مورد نقد مرحوم امام قدس سره - واقع شده و سه اشکال بر آن وارد کرده اند:

اشکال اوّل مرحوم امام بر کلام محقق اصفهانی قدس سرهما -

اشاره

اشکال اوّل(۱) مرحوم امام بر کلام محقق اصفهانی این است که اگر اشکال

۱- کتاب البیع (للإمام الخمینی)، ج ۱، ص۲۵۱: و منها: أنّ فی أصل المقابله بین التملیکین غموضاً و خفاءً؛ فإنّ التملیک بالإعطاء حال تعلّقه بمتعلّقه ملحوظ آلی، و فی جعل نفسه معوّضاً یحتاج إلی لحاظ استقلالی، و لا ـ یعقل اجتماع اللحاظین المتباینین فی ملحوظ واحد، فلا بدّ من أن تکون هذه المعامله فی ضمن معامله أُخری، کالصلح علی التملیک بإزاء التملیک، فیستحقّ کلّ منهما التملیک من الآخر بإزاء تملیک نفسه. انتهی. و فیه: مضافاً إلی أنّه علی فرض ورود الإشکال، لا یندفع بإیقاع هذه المعامله فی ضمن صلح و نحوه؛ فإنّ العمل بالصلح لا ـ بدّ و أن یکون علی طبق ما وقعت المصالحه علیه، و هو مقابله تملیک بتملیک؛ أی إیقاع هذه المعامله المعاطاتیّه، و المفروض أنّ إیقاعها غیر معقول؛ للزوم الجمع بین اللحاظین المتنافیین، فیقع الصلح باطلًا؛ لعدم إمکان تحقّق متعلّقه. و توهّم: أنّ مقتضی المصالحه التملیک الاستقلالی فاسد، و خروج عن محطّ البحث. • کتاب البیع (تقریرات، للخرم آبادی)، ص۲۸۱: الإیراد الأوّل: ما عن المحقّق الأصفهانی، و حاصله بتوضیح منّا: أنّ المقابله بین التملیکین فیها غموض و خفاء؛ فإنّ التملیک بالصیغه إنشاء و إیقاع للملکیه فی متعلّقه، و هو ملحوظ بلحاظ آلیّ؛ لأنّه آله و مرآه لإیقاع الملکیه و إنشائها، فقوله: «ملّکتک هذا» آله و مرآه لإیقاع المبادله بینهما و جعل الملکیه، و إذا جعل نفسه معوّضاً بإزاء آخر یلاحظ بلحاظ استقلالی، فیلزم اجتماع لحاظین متباینین، فقوله: «ملّکتک» ملحوظ استقلالًا، فیکون ما فیه ینظر، لا ـ ما به ینظر إلی غیره باعتبار أنّه إنشاء و آله لجعل الملکیه، و بینهما تنافٍ واضح؛ إذ علی فرض الاستقلالیه یلزم عدم قصد الإیقاع و لحاظه، و کذا علی العکس، و کذلک إذا کان التملیک بالإعطاء أیضاً، فإنّه ملحوظ بلحاظ آلی، و فی جعل نفسه معوّضاً یحتاج إلی لحاظ استقلالی، فیلزم الجمع بین اللحاظین، فلا ـ تعقل المبادله بین التملیکین، فلا ـ بدّ من أن تکون هذه المعامله فی ضمن معامله اخری، کالصلح علی التملیک بإزاء التملیک، فیستحقّ کلّ منهما التملیک من الآخر بإزاء تملیک نفسه. أقول أوّلًا: إن کان المراد بإرجاع المعامله إلی باب آخر وقوعها بالصلح و غیره، فهو خروج عن الفرض؛ و هو المعاطاه، و إن کان المراد استحقاق التملیکین لکلّ منهما علی الآخر بالصلح، فیعود المحذور عند إیقاعهما کذلک؛ إذ مقتضی هذه المصالحه إیقاع التملیکین کلّ بإزاء الآخر عملًا بالصلح، و عند الوقوع یلزم المحذور المتقدّم من الجمع بین اللحاظین.

ایشان وارد باشد راه حلّی که برای تصحیح معامله از طریق مصالحه ارائه کردند درست نیست و مشکل را حل نمی کند؛ چون در عمل به صلح باید بر طبق آن چه به آن مصالحه واقع شده اقدام شود؛ یعنی همان مقابله ی تملیک به تملیک یا همان معامله ی معاطاتی مورد بحث. پس دوباره جمع بین لحاظ آلی و استقلالی لازم می آید و اگر کسی بگوید مصالحه بر تملیک استقلالی است از محل بحث خارج شده است.

نقد اشکال اوّل مرحوم امام قدس سره –

محقق اصفهانی – رحمه الله علیه – می خواهند بفرمایند که در هنگام صلح، نگاه به تملیکین به نحو استقلالی است؛ یعنی «تملیک زیدٍ کتابه من عمروٍ» به عنوان معوض و «تملیک عمروٍ قلمه من زید» به عنوان عوض در نظر گرفته می شود و بین این دو مصالحه برقرار می شود؛ یعنی زید و عمرو با یکدیگر بین این تملیک و آن تملیک مصالحه می کنند که لحاظ استقلالی است؛ خصوصاً اگر با لفظ باشد و با تحقق صلح، هر کدام مستحق تملیک می شود. یعنی به صلح هر کدام از طرفین مالک فعل تملیک بر دیگری می شود و سپس وفاءاً هر کدام باید این تملیک را

عملی کنند. بنابراین جمع بین لحاظ استقلالی و آلی اتفاق نمی افتد، بلکه در صلح تملیکین به نحو استقلالی ملحوظ می شوند و در وفاء به نحو آلی.

اشکال دوم امام قدس سره – بر کلام محقق اصفهانی قدس سره –

اشاره

اشکال دیگری(۱) که مرحوم امام بر کلام محقق اصفهانی – رحمه الله علیه – وارد می کنند این است که اگر إنشاء تملیک با الفاظی مانند بعتُ، ملّکتُکَ و ... بود اشکال جمع بین لحاظین وارد بود؛ چون این الفاظ وضع شده اند که به نحو آلی و حرفی استعمال شوند، آن وقت اگر به نحو استقلالی لحاظ شوند جمع بین لحاظین می شود، امّا افعال که این چنین نیست؛ چون برای چیزی وضع نشده اند و بالذات هم آلیت ندارند، لذا مانعی ندارد إعطاء که مقصود به آن تملیک است استقلالاً لحاظ شود و شاهد بر آن وجدان است که می توان از إعطاء خارجی که مقصود به آن تملیک است إخبار کرد و موقع اعطاء گفت: «إعطائی کذا» یا «تملیکی کذا»؛ چون هر چیزی که مبتدا و مسندٌ الیه واقع می شود به نحو استقلالی لحاظ شده است. بنابراین در افعالی که وسیله ی إنشاء قرار می گیرند جمع بین لحاظین به نحو

۱- کتاب البیع (للإمام الخمینی)، ج ۱، ص۲۵۱: أنّه یمکن الفرق بین إیقاع التملیک باللفظ و التزام الإشکال فیه و إیقاعه بالمعاطاه. و وجه الفرق: أنّ الألفاظ آلات لمعانیها الإنشائیه أو الإخباریّه، و مع لحاظها آله لا یعقل لحاظها مستقلا، و أمّا الأفعال فلیست بذاتها أو بالمواضعه آلات لشی ءٍ، فیمکن لحاظ الإعطاء الخارجی المقصود به التملیک مستقلا، و لهذا نری بالوجدان إمکان الإخبار عن الإعطاء الخارجی المقصود به التملیک، فیقول عند إعطائه تملیکاً: «إعطائی کذا» أو «تملیکی کذا» من غیر لزوم اجتماع اللحاظین، اللازم فی الإیقاع باللفظ. • کتاب البیع (تقریرات، للخرم آبادی)، ص۲۸۲: و ثانیاً: یلزم الجمع بین اللحاظین فی التملیک بالصیغه؛ لأنّ اللفظ وضع آله و مرآه لإیقاع الملکیه و إنشائها، فقوله: «ملّکتک» موضوع لإیجاد الملکیه، بخلاف الإعطاء، فإنّه لیس مرآه و آله له، بل المقصود من الإعطاء إیقاع الملکیه و جعلها معوّضاً لإعطائه الآخر من غیر لزوم الجمع بین اللحاظین.

محال نمی شود(۱) و اشکال محقق اصفهانی - رحمه الله علیه - وارد نیست.

نقد اشکال دوم مرحوم امام قدس سره -

به نظر می آید فرمایش امام قدس سره - در اشکال دوم خروج از بحث است. فرض کلام جایی است که یک دالّ یعنی إعطاء دو مدلول دارد که یکی مدلول حرفی و آلی است و آن تملیک کتاب است، و دیگری مدلول اسمی و استقلالی است که تملیکِ فعل تملیک باشد و این ممکن نیست. این که ایشان می فرماید وجدانی است که می توان نگاه استقلالی به آن کرد و از آن إخبار کرد، این لحاظ دیگری بوده و خروج از محل بحث می باشد(۲)؛ زیرا محل کلام جایی است که لحاظ واحد است و دالّ بر آن لحاظ إعطاء است، ولی این لحاظ واحد از این حیث که تملیک مملوک است آلی است و از این حیث که تملیکِ فعلِ تملیک است و به عنوان معوّض قرار می گیرد اسمی و استقلالی است. پس اشکال محقق اصفهانی - رحمه الله علیه - با این بیان قابل دفع نیست.

۱- مرحوم امام قدس سره - مرادشان این نیست که جمع بین لحاظین در افعال ممکن است و در الفاظ ممکن نیست، بلکه مرادشان این است که الفاظ چون به عنوان آلت و مرآت برای ایقاع ملکیت وضع شده اند و نظر آلی به الفاظ می شود، اگر دوباره نظر استقلالی به آن شود جمع بین لحاظین می شود و این ممکن نیست، اما افعال چون چنین وضعی ندارند و بالذات هم آلیت ندارند می توان لحاظ استقلالی کرد و جمع بین لحاظین نمی شود؛ نه این که جمع بین لحاظین می شود و ممکن است. (امیرخانی)

۲- مرحوم امام این را شاهد آوردند بر این که می توان لحاظ استقلالی به إعطاء کرد، به خلاف الفاظ که اصلاً نمی توان لحاظ استقلالی کرد؛ چون به عنوان آلت و مرآت وضع شده اند و اگر لحاظ استقلالی شود جمع بین لحاظین می شود. (امیرخانی)

اشکال سوم مرحوم امام بر کلام محقق اصفهانی قدس سرهما –

اشاره

اشکال دیگری(۱) که امام قدس سره – بر کلام محقق اصفهانی قدس سره – وارد می کنند(۲) آن است که در ما نحن فیه که تملیک به إزاء تملیک است و تملیک به عنوان معوض قرار می گیرد فقط لحاظ استقلالی به آن می شود و لحاظ آلی به آن نمی شود و امّا حصول ملکیت لازمه ی تقابل بین تملیکین است. مرحوم امام در نهایت هم می فرمایند «فتأمّل».

نقد اشکال سوم مرحوم امام قدس سره –

همان طور که مرحوم امام خودشان امر به «تأمل» کردند، می گوییم: مقصودتان از حصول ملکیت، حصول ملکیت مملوک است یا حصول ملکیت فعل تملیک؟ اگر مقصودتان حصول فعل تملیک است و تملیک به نحو استقلالی فقط لحاظ شده، می گوییم پس ملکیت مملوک چگونه حاصل می شود؟ اگر بگویید قهراً حاصل می شود می گوییم عقلاء چنین حکمی ندارند که ملکیت قهراً حاصل شود! و اگر بگویید دالّ دارد لازمه اش آن است که تملیک به نحو آلی هم لحاظ شده باشد و در نتیجه جمع بین لحاظین می شود.

۱- کتاب البیع (للإمام الخمینی)، ج ۱، ص۲۵۱: و مضافاً إلی أنّ لزوم الجمع بین اللحاظین ممنوع، بل لا بدّ فی هذه المعامله من لحاظ التملیک استقلالًا، و لا یلزم لحاظ متعلّقه، و لازم التقابل بین التملیکین حصول الملکیه، فتأمّل. • کتاب البیع (تقریرات، للخرم آبادی)، ص۲۸۲: و السرّ فی ذلک أنّ الإعطاء ملحوظ استقلالًا فی مقابل إعطائه الآخر و بإزائه، و به تقع المبادله من غیر کونه آله و مرآه للمبادله، و الفرق یظهر بالتأمّل، فتأمّل.

۲- اشکال دوم و سوم در واقع یک اشکال و مکمل هم است و آن این که إعطاء فقط به نحو استقلالی ملحوظ است. (امیرخانی)

با دفع اشکالات مرحوم امام بر کلام محقق اصفهانی – رحمه الله علیه – می گوییم: به نظر می آید اشکال محقق اصفهانی بر تملیک به إزاء تملیک در صورتی که إعطاء یک لحاظ باشد قابل دفع نیست. بله اگر بتوان اعطاء را عرفاً دارای دو مفهوم و دو مدلول کرد و گفت در جایی که قرینه ی کافی باشد معنای اعطاء تملیک فعل است و بعد وفاءاً به تملیک آن فعل، تملیک عین و مملوک است مانعی ندارد و تملیک اوّل استقلالاً ملحوظ می شود و تملیک دوم آلیاً، هر چند ترتب تملیک دوم ترتب رتبی است؛ نه ترتب زمانی.

ولی این نکته را نباید فراموش کنیم که اگر إعطاء دارای دو مفهوم باشد ما آن را بیع نمی دانیم و اگر به عنوان بیع باشد بیع فاسد می دانیم؛ چون گرچه ما لازم نمی دانیم مبیع حتماً عین باشد، ولی این را لازم می دانیم در صورتی که مبیع عین نباشد باید یک نوع ثبات و مشابهتی با عین داشته و در عالم معنا دارای یک نوع تجسد و ثبات معنوی باشد. کما این که قبلاً در مورد مبیع واقع شدن حق بیان کردیم آن حقی می تواند مبیع واقع شود که یک نوع ثقل، ثبات، دوام و استمرار داشته باشد، مانند حق امتیاز آب، برق، گاز و ...، به خلاف حقوقی مانند حق نشستن در فلان جای مسجد. درباره ی عمل حرّ نیز بیان کردیم که می تواند به عنوان ثمن واقع شود امّا به عنوان مبیع نمی تواند واقع شود، مگر این که عمل حرّ به گونه ای باشد که یک نوع تجسدی در عالم معنا پیدا کند که در این صورت می توانیم بگوییم قابل فروش است.

بررسی وجه سوم و چهارم

وجه سوم این بود که مالش را در مقابل تملّک عوض إباحه کند و وجه چهارم این بود که إباحه در مقابل إباحه باشد.

جناب شیخ - رحمه الله علیه - می فرماید: این دو صورت اخیر دو اشکال اساسی دارد(۱):

یکی این که اگر مُبیح قصد کرده باشد که تمام تصرفات حتی تصرفات متوقف بر ملک برای مباحٌ له باشد چنین چیزی مشروع نیست.

اشکال دیگر این که إباحه ی بالعوض که مرکب از إباحه ی یک طرف و تملیک طرف دیگر است، جزء معاوضات شناخته شده ی شرعی و عرفی نیست؛ چون معاوضه یعنی این که عوضی از کیس و ملکیت یک طرف خارج شود و به جای آن چیز دیگری داخل در ملکیتش شود. در حالی که در إباحه ی بالعوض چیزی از ملکیت مبیح خارج نمی شود و مالکیت وی بر عین باقی است و در عین حال عوض نیز داخل ملکش می شود!

آیا مباحُ له می تواند تصرفات متوقف بر ملک کند؟

اگر کسی مالش را به دیگری مباح کرده باشد و فرضاً تصریح کرده باشد که تصرفات متوقف بر ملک را نیز إباحه کردم، آیا مباحٌ له می تواند تصرفات متوقف بر ملک مثل وطی جاریه، بیع، عتق عبد، إعطاء به عنوان زکات، خمس و کفاره و ... کند؟

این مسأله از مسائل مهم و مورد ابتلا در زندگی روزمره است. به عنوان مثال پدری پولی را به فرزندش إباحه می کند بدون آن که هبه کرده باشد و می گوید با این پول می توانی خرید کنی، آیا فرزند می تواند با آن پول خرید کند؟ یا شخصی کتابش را به دیگری اباحه کرده و گفته است می توانی آن را برای خودت بفروشی

۱- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص۸۲: و کیف کان، فالإشکال فی حکم القسمین الأخیرین علی فرض قصد المتعاطیین لهما، و منشأ الإشکال: أوّلًا الإشکال فی صحّه إباحه جمیع التصرّفات حتی المتوقّفه علی ملکیّه المتصرّف، بأن یقول: أبحت لک کلّ تصرّف، من دون أن یملّکه العین. و ثانیاً الإشکال فی صحّه الإباحه بالعوض، الراجعه إلی عقد مرکّب من إباحه و تملیک.

بـدون آن که آن را هبه کرده باشـد، آیـا مباحٌ له می توانـد آن را برای خودش بفروشـد؟ یا خانمی که کفاره ای بر عهـده اش است و شوهر کفـاره ی او را از ملـک خودش اداء می کنـد آیـا واقعاً کفاره ی وی اداء می شود؟ این ها مسائلی است که باید این جا پاسخ داده شود.

البته این مسأله، هم احتیاج به بحث کبروی دارد و هم بحث صغروی. بحث کبروی این است که آیا با إباحه می توان تصرف متوقف بر ملک کرد یا خیر؟ بحث صـغروی این است که تصرفات متوقف بر ملک کدام است و آیا این تصرفاتی که به عنوان تصرفات متوقف بر ملک شمرده شده واقعاً متوقف بر ملک است؟ چه بسا کسی در بعض این موارد یا تمام موارد مناقشه کرده و بگوید متوقف بر ملک نیست.

در مورد بحث کبروی که آیا به صرف إباحه می توان تصرفات متوقف بر ملک کرد یا نه، پاسخْ روشن است که جایز نیست و جزء قضایایی است که «قیاساتها معها»؛ زیرا فرض آن است که تصرّف متوقف بر ملک است و در غیر ملک جایز نیست. إباحه هم غیر از ملک است و از ملک مُبیح خارج نشده، بنابراین واضح است که چنین تصرفاتی به صرف إباحه جایز نیست.

اگر کسـی به اطلاـق «النـاس مسـلطون علی اموالهم» تمسّـک کرده و بگویـد شامل تمام انواع تسـلیط بر مال از جانب مالک از جمله بیع، وطی جاریه، عتق عبـد و ... می شود، پس اگر مالک إجازه داده باشد هر تصـرفی برای مباحٌ له جایز است، پاسخ آن است که این اطلاق با ادله ای که بیان می کند بعض تصرفات جز در ملک جایز نیست مثل «لا بیع الا فی ملک»(۱)، «لا عتق الا فی ملک»، (وَ الَّذِینَ هُمْ

۱- گرچه این روایت در خلاف شیخ طوسـی و بعضی کتب فقهی دیگر شیعه به صورت ذیل نقل شده، ولی ظاهراً مدرک آن کتب عـامه بوده و در مجامع روایی شـیعه نقل نشـده است. (امیرخانی) • الخلاف، ج ۳، ص۱۶۹: و روی عمرو بن شـعیب، عن أبیه، عن جده، عن النبی صـلی اللّه علیه و آله أنه قـال: «لاـ طلاـق إلاـ فیمـا یملـک، و لاـ عتق إلاـ فیمـا یملک، و لا بیع إلا فیما یملـک». • غنیه النزوع إلی علمی الأصول و الفروع، ص۲۰۸: و یعارض المخالف بما رووه من نهیه صـلی الله علیه و آله و سـلم عن بیع الإنسـان مـا لیس عنـده، و من قوله: لاـ بیع إلاـ فیمـا یملـک، و لم یفصـل بین مـا أجازه المالک و ما لم یجزه. • السـرائر الحاوی لتحریر الفتاوی (و المسـتطرفات)، ج ۲، ص۲۷۵: روی عمرو بن شـعیب، عن أبیه، عن جـدّه، عن النبی علیه السّـلام، أنّه قال: لا طلاق إلا فیما یملک، و لا عتق إلا فیما یملک، و لا بیع إلا فیما یملک. • عوالی اللئالی العزیزیه فی الأحادیث الدینیه، ج ۳، ص۲۰۵: وَ رَوَی عُمَرُ بْنُ شَبِیبٍ عَنْ أَبِیهِ عَنْ جَدِّهِ عَنِ النَّبِیِّ۹ أَنَّهُ قَالَ لَا طَلَاقَ إِلَّا فِیمَا تَمْلِکُهُ وَ لَا عِتْقَ إِلَّا فِیمَا تَمْلِکُهُ وَ لَا بَیْعَ إِلَّا فِیمَا تَمْلِکُه.

لِفُرُوجِهِمْ حَـافِظُونَ، إِلاَّـ عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ)(۱) و ... تقییـد خورده است. علاوه آن که روایت «الناس مسلطون علی اموالهم» مرسل بوده و با این اطلاق حجیتی ندارد، هر چند اصل آن جزء مسلمات می باشد.

مرحوم شیخ در مورد عدم جواز بیع غیر ملک، وجه عقلی ذکر می کنند(۲) و آن این که حقیقت بیع «تبدیل مالٍ بمالٍ» است و باید مالی با مال دیگر تبدیل شود. پس همان طور که بیع بدون عوض معنا ندارد و عقلاً بیع نیست، همچنین اگر

۱- (وَ الَّذِینَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَـافِظُونَ* إِلَّا عَلَی أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَـا مَلَکَتْ أَیْمَانُهُمْ فَإِنهُّمْ غَیرُْ مَلُومِینَ* فَمَنِ ابْتَغَی وَرَاءَ ذَالِکَ فَأُوْلَئِکَ هُمُ الْعَادُونَ) سوره ی مبارکه ی مؤمنون، آیات ۵ تا ۷ و سوره ی مبارکه ی معارج، آیات ۲۹ تا ۳۱.

۲- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص۸۲: فنقول: أمّا إباحه جمیع التصرّفات حتی المتوقّفه علی الملک، فالظاهر أنّها لاـ تجوز؛ إذ التصرّف الموقوف علی الملک لاـ یسوغ لغیر المالک بمجرّد إذن المالک؛ فإنّ إذن المالک لیس مشرّعاً، و إنّما یمضی فیما یجوز شرعاً، فإذا کان بیع الإنسان مال غیره لنفسه بأن یملک الثمن مع خروج المبیع عن ملک غیره غیر معقول کما صرّح به العلّامه فی القواعد فکیف یجوز للمالک أن یأذن فیه؟

معوّض از کیس مالک برود ولی عوض به کیس دیگری (مباحٌ له) داخل شود با حقیقت بیع سازگاری ندارد. بیع یعنی معوّض که از کیس هر کس خارج می شود عوض جای آن قرار گیرد و الا ـ اگر معوض از ملکیت زید خارج شود، ولی عوض به ملک عمرو (مباحٌ له) داخل شود معاوضه صدق نمی کند؛ چون معاوضه یعنی جابه جا شدن عوضین نسبت به صاحبان هر یک. بنابراین بیع غیر ملک محذور عقلی دارد.

آن جاهایی که محذور توقف تصرف بر ملک، عقلی باشد این خصوصیت را دارد که با حفظ موضوع نمی توان استثناء کرد؛ چون محذور عقلی قابل استثناء نیست هر چند از غیر مستقلات عقلی باشد، ولی اگر محذور شرعی باشد و از عموم و اطلاق استفاده شده باشد، اگر حجت قائم شود در موردی غیر مالک می تواند تصرف کند، آن عموم و اطلاق قابل تقیید و تخصیص است.

مرحوم شیخ بعد از تثبیت این کبری که با إباحه، تصرفات متوقف بر ملک جایز نیست؛ چه توقف تصرف بر ملک به حکم شرع باشد و چه به حکم عقل، می فرماید دو وجه برای تصحیح تصرف مباحٌ له قابل تصور است، هر چند آن دو وجه در ما نحن فیه مفقود است، ولی برای این که کسی گرفتار خبط و اشتباه نشود و فروع مناسب آن هم ذکر شده باشد مرحوم شیخ به صورت مبسوط آن دو وجه را که هر کدام مشتمل بر طرقی است ذکر می کنند.

قبل از ورود به بحث، تذکر این نکته مفید است که گرچه مرحوم شیخ این بحث را در تنبیه چهارم معاطات ذکر کرده ولی اختصاص به معاطات ندارد، لذا اگر مُبیح با لفظ هم گفته باشد «أبحتُ لک جمیع التصرفات فی ملکی» و مباحٌ له لفظ «قبلتُ» گفته باشد باز این مباحث در آن جا نیز مطرح می باشد.

به هر حال دو وجه و شعب آن به شرح ذیل است:

وجوه تصحیح تصرف متوقف بر ملک برای مباحٌ له

وجه اوّل: وجه اوّل مشتمل بر سه طریق است:(۱)

طریق اول: وقتی مالک (مُبیح) به مباحٌ له می گوید: «أبحتُ لک کلّ تصرفٍ حتی التصرف المتوقف علی الملک» یا «أبحتُ لک أن تبیع مالی لنفسک» قصد کند که مباحٌ له را وکیل می کند مال مبیح را از جانب او بفروشد و سپس ثمن آن را برای خودش (مباحٌ له) برداشته و تملّک بکند؛ یعنی در واقع چنین قصد کند که «وکلتک لبیع مالی لنفسی ثم تملیک ثمنه لنفسک». پس هم اباحه می کند، هم توکیل در بیع می کند و هم توکیل در تملیک ثمن برای خود که در این فرآیند در واقع چهار امر محقق می شود؛ اباحه، توکیل، بیع و هبه.

طریق دوم: مبیح قصد کند که مباحٌ له را وکیل می کند مالش را تملیک خود کند، آن گاه که به ملک مباحٌ له در آمد بفروشد. پس ابتدا إباحه می کند و در عین

۱- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص۸۳: نعم، یصحّ ذلک بأحد وجهین، کلاهما فی المقام مفقود: أحدهما: أن یقصد المبیح بقوله: «أبحت لک أن تبیع مالی لنفسک» أن ینشأ توکیلًا له فی بیع ماله له، ثمّ نقل الثمن إلی نفسه بالهبه، أو فی نقله أوّلًا إلی نفسه ثمّ بیعه، أو تملیکاً له بنفس هذه الإباحه، فیکون إنشاء تملیک له، و یکون بیع المخاطب بمنزله قبوله، کما صرّح فی التذکره: بأنّ قول الرجل لمالک العبد: «أعتق عبدک عنّی بکذا» استدعاءٌ لتملیکه، و إعتاق المولی عنه جواب لذلک الاستدعاء، فیحصل النقل و الانتقال بهذا الاستدعاء و الجواب، و یقدّر وقوعه قبل العتق آناً ما، فیکون هذا بیعاً ضمنیاً لا یحتاج إلی الشروط المقرّره لعقد البیع، و لا شکّ أنّ المقصود فیما نحن فیه لیس الإذن فی نقل المال إلی نفسه أوّلًا، و لا فی نقل الثمن إلیه ثانیاً، و لا قصد التملیک بالإباحه المذکوره، و لا قصد المخاطب التملّک عند البیع حتی یتحقّق تملیک ضمنیّ مقصود للمتکلّم و المخاطب، کما کان مقصوداً و لو إجمالًا فی مسأله «أعتق عبدک عنّی»؛ و لذا عدّ العامّه و الخاصّه من الأُصولیین دلاله هذا الکلام علی التملیک من دلاله الاقتضاء التی عرّفوها: بأنّها دلاله مقصوده للمتکلّم یتوقّف صحّه الکلام عقلًا أو شرعاً علیه، فمثّلوا للعقلیّ بقوله تعالی وَ سْئَلِ الْقَرْیَهَ، و للشرعی بهذا المثال، و من المعلوم بحکم الفرض أنّ المقصود فیما نحن فیه لیس إلّا مجرّد الإباحه.

حال مباحٌ له را وکیل می کند که هنگام اراده ی فروش، آن را به خود تملیک کند، آن گاه بفروشد؛ یعنی بعد از این که ملک مباحٌ له شد بفروشد.

طریق سوم: مالک که گفت: «أبحت لک أن تبیع مالی لنفسک» نفس این عبارت إنشاء تملیک باشد و وقتی مباحٌ له آن را می فروشد فروشش به منزله ی قبول آن تملیک مالک باشد. پس کلام مالک به منزله ی تملیک مجانی است که دالّ بر قبول آن، بیع مباحٌ له است.

این نظیر آن چیزی است که علامه در تذکره فرموده: اگر کسی به مولای عبدی گفت: «أعتق عبدک عنی بکذا»؛ عبدت را از جانب من به این مقدار آزاد کن، این در حقیقت بدین معناست که من تقاضا می کنم عبدت را به این مقدار به من تملیک کن (بفروش) و بعد از این که ملک من شد از جانب من او را آزاد کن و الا اگر این طور نباشد عتق از جانب مولا محقق می شود نه از جانب مستدعی. پس این در حقیقت ابتدا بیع ضمنی است که آناًما قبل از عتق محقق می شود، سپس عتق در واقع از ملک مستدعی که مشتری است واقع می شود. بنابراین مانعی ندارد در ما نحن فیه که مالک می گوید «أبحت لک أن تبیع مالی لنفسک» بدین معنا باشد که من مالم را به تو تملیک می کنم که آناًما قبل از بیع ملک تو شود، آن گاه که فروختی ثمنش هم مال تو باشد.

وجه دوم: وجه دوم نیز مشتمل بر سه طریق است.(۱)

۱- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص۸۴: الثانی: أن یدلّ دلیل شرعیّ علی حصول الملکیه للمباح له بمجرّد الإباحه، فیکون کاشفاً عن ثبوت الملک له عند إراده البیع آناً ما، فیقع البیع فی ملکه، أو یدلّ دلیلٌ شرعیّ علی انتقال الثمن عن المبیح بلا فصل بعد البیع، فیکون ذلک شبه دخول العمودین فی ملک الشخص آناً ما لا یقبل غیر العتق؛ فإنّه حینئذٍ یقال بالملک المقدّر آناً ما؛ للجمع بین الأدلّه. و هذا الوجه مفقود فیما نحن فیه؛ إذ المفروض أنّه لم یدلّ دلیل بالخصوص علی صحّه هذه الإباحه العامّه، و إثبات صحّته بعموم مثل «الناس مسلّطون علی أموالهم» یتوقّف علی عدم مخالفه مؤدّاها لقواعد أُخر مثل: توقّف انتقال الثمن إلی الشخص علی کون المثمن مالًا له، و توقّف صحّه العتق علی الملک، و صحّه الوطء علی التحلیل بصیغه خاصّه، لا بمجرّد الإذن فی مطلق التصرّف. و لأجل ما ذکرنا صرّح المشهور، بل قیل: لم یوجد خلاف، فی أنّه لو دفع إلی غیره مالًا و قال: اشترِ به لنفسک طعاماً من غیر قصد الإذن فی اقتراض المال قبل الشراء، أو اقتراض الطعام، أو استیفاء الدین منه بعد الشراء لم یصحّ، کما صرّح به فی مواضع من القواعد، و علّله فی بعضها بأنّه لا یعقل شراء شی ءٍ لنفسه بمال الغیر. و هو کذلک؛ فإنّ مقتضی مفهوم المعاوضه و المبادله دخول العوض فی ملک من خرج المعوّض عن ملکه، و إلّا لم یکن عوضاً و بدلًا؛ و لما ذکرنا حکم الشیخ و غیره بأنّ الهبه الخالیه عن الصیغه تفید إباحه التصرّف، لکن لا یجوز وطء الجاریه مع أنّ الإباحه المتحقّقه من الواهب تعمّ جمیع التصرّفات.

طریق اوّل: مالک که به مقتضای «الناس مسلّطون علی اموالهم» و ادله ی دیگر مالش را إباحه می کند برای مباحٌ له مباح می شود. از طرف دیگر اگر دلیل شرعی مانند اجماع قائم شود بر این که ملکیت هم با این إباحه حاصل می شود مقتضای جمع بین دلیل إباحه و این دلیل شرعی آن است که بگوییم: آن مال برای مباحٌ له مباح است تا آناًما قبل از بیع که مالک آن می شود، لا محاله بیع در ملک خودش اتفاق می افتد و ثمن نیز به کیس خودش داخل می شود.

طریق دوم: مباحٌ له وقتی مبیع را می فروشد ثمنِ آن به مقتضای معاوضه داخل در کیس مُبیح می شود، ولی می توان فرض کرد دلیل شرعی قائم شود بر این که ثمن به مجرد این که داخل ملک مبیح شد به ملکیت مباحٌ له در آید.

طریق اوّل و دوم که ملکیّت تقدیری آناًما می باشد در فقه نظیر نیز دارد و آن مسأله ی شراء عمودین است. اگر کسی پدر یا مادر خود را به عنوان عبد یا أمه خرید، مقتضای جمع بین ادلّه آن است که آناًما مالک می شود و سپس آزاد می شود؛ زیرا از یک طرف دلیل می فرماید: «لا عتق الا فی ملکٍ» لذا اگر بنده ای از

قِبَل این فرزنـد آزاد شود بایـد داخـل ملکش بوده باشـد. از طرف دیگر دلیـل می فرمایـد: «الانسان لا یملک عمودیه»(۱)، لذا مقتضای جمع بین این دو دلیل و دلیلی که می فرمایـد «شـراء عمودین جایز است» آن است که بگوییم: شـراء عمودین صـحیح است و داخل در ملک ولـد می شود ولی به مجرد دخول در ملک آزاد می شونـد. در ما نحن فیه هم که نظیر این مسأله اسـت می گوییم: مقتضـای جمع بین دلیـل إباحه که بیش از إباحه برای مباحٌ له از آن اسـتفاده نمی شود و دلیل دیگر شـرعی که می گویـد مبـاحٌ له مالـک می شود آن است که به انـدازه ی ضـرورت قائـل به ملکیت شویم؛ یعنی بگوییم آنـاًما قبل از بیع، مالک مبیع می شود یا بلافاصله بعد از بیع مالک ثمن می شود.

مرحوم شـیخ می فرمایـد: طریق اوّل و دوم هماننـد وجه اوّل در مـا نحن فیه ناتمـام است؛ زیرا دلیلی دلالت نکرده که مباحٌ له با إبـاحه مالکیت پیـدا می کنـد. بنابراین مباحٌ له نمی توانـد مال را برای خودش بفروشـد یا برای مالک بفروشـد و ثمن را مالک شود، هر چند مالک تصریح کرده باشد «أبحت لک أن تبیع مالی لنفسک».

جناب شیخ سپس می فرماید: به خاطر آن چه ما ذکر کردیم که عقلاً و شرعاً معنا

۱- وسائل الشیعه، ج ۲۳، کتاب العتق، باب ۷، ص۱۹: مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عِيسَى عَنْ صَفْوَانَ بْنِ يَحْيَى عَنِ الْعَلَاءِ بْنِ رَزِينٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ الْأَوَّلِ علیه السلام - قَالَ: إِذَا مَلَكَ الرَّجُلُ وَالِدَيْهِ أَوْ أُخْتَهُ أَوْ خَالَتَهُ أَوْ عَمَّتَهُ عَتَقُوا وَ يَمْلِكُ ابْنَ أَخِيهِ وَ عَمَّهُ وَ يَمْلِكُ أَخَاهُ وَ عَمَّهُ وَ خَالَهُ مِنَ الرَّضَاعَهِ. وَ بِالْإِسْنَادِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ علیه السلام - قَالَ: لَا يَمْلِكُ الرَّجُلُ وَالِدَهُ وَ لَا وَالِدَتَهُ وَ لَا عَمَّتَهُ وَ لَا خَالَتَهُ وَ يَمْلِكُ أَخَاهُ وَ غَيْرَهُ مِنْ ذَوِي قَرَابَتِهِ مِنَ الرِّجَالِ. وَ رَوَاهُ الشَّيْخُ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ صَفْوَانَ وَ فَضَالَهَ عَنِ الْعَلَاءِ مِثْلَهُ إِلَّا أَنَّهُ قَالَ لَا يَمْلِكُ الرَّجُلُ وَالِدَيْهِ وَ لَا وَلَدَهُ. وَ كَذَا رَوَى الَّذِي قَبْلَهُ نَحْوَهُ وَ أَسْقَطَ أَخَاهُ وَ زَادَ بَعْدَ ابْنِ أَخِيهِ وَ عَمَّهُ وَ خَالَه.

ندارد کسی مال دیگری را برای خودش بفروشد مشهور تصریح کرده اند: اگر کسی پولی به دیگری داده و بگوید: «إشتر به لنفسک طعاماً» این صحیح نیست و نمی تواند با آن طعام بخرد؛ مگر این که یکی از وجوه ذیل قصد شده باشد که عبارتند از:

الف) مالک اذن دهد که پول را به عنوان قرض بردارد و تملک کند و بعد از تملک، با آن طعامی را برای خود ابتیاع کند. اگر طرفین چنین قصدی کرده باشند مانعی از شراء طعام با آن پول برای آخذ نیست.

ب) مرادش این باشد که طعام را برای من بخر و بعد از خریدن آن را اقتراضاً بردار.

ج) مرادش این باشد که طعامی را به ذمه ات بخر، آن گاه برای وفاء به دین اجازه داری از این پول پرداخت کنی؛ زیرا اداء دین با مال دیگری مانعی ندارد و حتی اگر کسی دین کسی را بدون آن که مدیون خبردار شود پرداخت کند ذمه اش بریء می شود.

شیخ - رحمه الله علیه - می فرماید: علامه حلّی قدس سره - در قواعد(۱) در مواردی به این مسأله تصریح

۱- قواعد الأحکام فی معرفه الحلال و الحرام، ج ۲، ص۸۷: و کذا لو دفع الیه مالا و أمره بشراء طعام له لم یصحّ الشراء، و لا یتعیّن له بالقبض. أمّا لو قال: اشتر به طعاما و اقبضه لی ثمَّ اقبضه لنفسک صحّ الشراء، و فی القبض قولان. • جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۴، ص۴۰۰: قوله: (و کذا لو دفع إلیه مالا، و أمره بشراء طعام له لم یصح الشراء) لأن مال الغیر یمتنع به شراء شی ء لنفسه ما دام علی ملک الغیر، و مال فی المختلف الی جواز ذلک. • مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه (ط - الحدیثه)، ج ۱۴، ص۶۷۸: قوله: (و کذا لو دفع إلیه مالا و أمره بشراء طعام له لم یصحّ الشراء، و لا یتعیّن له بالقبض) کما فی «المبسوط و الشرائع و الدروس و غایه المرام و جامع المقاصد و المسالک لأنّ مال الغیر یمتنع شراء شی ء به لنفسه ما دام علی ملک الغیر.

کرده و این گونه تعلیل کرده که اگر این امور سه گانه یا نظیر آن را قصد نکرده باشد بدین معناست که کسی با مال دیگری چیزی برای خودش بخرد و این معقول نیست؛ چراکه معاوضه یعنی مالک معوض به مالک عوض تبدیل شود. معوّض که از کیس مالک خارج می شود عوض هم باید به مالک معوّض برسد؛ نه به غیر مالک و کلام مرحوم علامه درست است.

حکومت دلیل «لا بیع الا فی ملک» بر دلیل «الناس مسلطون علی اموالهم»

جناب شیخ - رحمه الله علیه - سپس می فرماید(۱): این جا نمی توان مثل مسأله ی شراء عمودین گفت که مقتضای جمع بین دلیل «الناس مسلطون علی اموالهم» و دلیل «لا بیع الا فی ملك» آن است که مباحٌ له آناًما قبل از بیع مالك می شود و وقتی مالك شد بیع

۱- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص۸۶: و دعوی: أنّ الملك التقدیری هنا أیضاً لا یتوقّف علی دلاله دلیلٍ خاصّ، بل یکفی الدلاله بمجرّد الجمع بین عموم «الناس مسلّطون علی أموالهم» الدالّ علی جواز هذه الإباحه المطلقه، و بین أدلّه توقّف مثل العتق و البیع علی الملك، نظیر الجمع بین الأدلّه فی الملك التقدیری، مدفوعهٌ: بأنّ عموم «الناس مسلّطون علی أموالهم» إنّما یدلّ علی تسلّط الناس علی أموالهم لا علی أحکامهم، فمقتضاه إمضاء الشارع لإباحه المالك كل تصرّفٍ جائز شرعاً، فالإباحه و إن کانت مطلقه، إلّا أنّه لا یباح بتلك الإباحه المطلقه إلّا ما هو جائز بذاته فی الشریعه. و من المعلوم: أنّ بیع الإنسان مال غیره لنفسه غیر جائز بمقتضی العقل و النقل الدالّ علی لزوم دخول العوض فی ملك مالك المعوض، فلا یشمله العموم فی «الناس مسلّطون علی أموالهم» حتی یثبت التنافی بینه و بین الأدلّه الدالّه علی توقّف البیع علی الملك، فیجمع بینهما بالتزام الملك التقدیری آناً ما. و بالجمله، دلیل عدم جواز بیع ملك الغیر أو عتقه لنفسه حاکم علی عموم «الناس مسلّطون علی أموالهم» الدالّ علی إمضاء الإباحه المطلقه من المالك علی إطلاقها، نظیر حکومه دلیل عدم جواز عتق مال الغیر علی عموم وجوب الوفاء بالنذر و العهد إذا نذر عتق عبد غیره له أو لنفسه، فلا یتوهّم الجمع بینهما بالملك القهری للناذر. نعم، لو کان هناك تعارض و تزاحم من الطرفین، بحیث أمکن تخصیص كلٍّ منهما لأجل الآخر، أمکن الجمع بینهما بالقول بحصول الملك القهری آناً ما، فتأمّل.

هم برای خودش واقع می شود؛ زیرا «الناس مسلطون علی اموالهم» بدین معناست که مردم بر اموالشان تسلط دارند؛ نه این که بر احکامشان تسلّط داشته باشند! «الناس مسلطون علی اموالهم» یعنی مردم تسلّط بر اموالشان دارند در آن محدوده ای که تسلط جایز است؛ نه در آن چه وضعاً یا تکلیفاً حرام است. بنابراین بین دلیل «الناس مسلطون علی اموالهم» و دلیل «لا بیع الا فی ملک» اصلاً تزاحمی وجود ندارد تا مقتضای جمع درست کنیم، بلکه دلیل «لا بیع الا فی ملک» حاکم بر دلیل «الناس مسلطون علی اموالهم» می باشد؛ زیرا «الناس مسلطون علی اموالهم» یعنی «الناس مسلطون علی اموالهم فی ما هو جائزٌ لا فی ما هو حرام وضعاً أو تکلیفاً» و «لا بیع الا فی ملکٍ» هم می گوید: بیع در غیر ملک جایز نیست. پس بیع در غیر ملک، خارج از محدوده ی تسلّط افراد بر اموالشان می باشد که بتوانند اجازه دهند.

این نظیر حکومت دلیل «لا عتق الا فی ملک» بر دلیل «فِ بنذرک» است در جایی که کسی نذر کرده عبد دیگری را آزاد کند؛ زیرا دلیل «لا عتق الا فی ملک» بیان می کند آزاد کردن عبد دیگری اصلاً عتق نیست تا مشمول «فِ بنذرک» در عتق باشد.

حکومت یا ورود و تخصص؟!

اگر بیع مال غیر اصلاً معقول نباشد و محذور عقلی داشته باشد تخصصاً از تحت «الناس مسلطون علی اموالهم» خارج خواهد بود؛ زیرا این قاعده اصلاً تسلط بر امور غیر معقوله را شامل نمی شود و فقط شامل تسلط بر موارد معقول می شود.

امّا اگر دلیل عدم جواز بیع مال غیر، دلیل شرعی «لا بیع الا فی ملک» باشد باید بگوییم این دلیل بر دلیل «الناس مسلطون علی اموالهم» با آن معنایی که جناب شیخ کردند که «الناس مسلطون علی اموالهم فی ما هو جائزٌ لا فی ما هو

حرام وضعاً أو تکلیفاً» ورود دارد؛ نه حکومت؛ زیرا در حکومت، دلیل حاکم به نوعی ناظر به دلیل محکوم است و تعبداً فردی را از موضوع دلیل محکوم خارج می کند(۱) با این که تکویناً داخل در آن موضوع است؛ مثلاً دلیل «لا ربا بین الوالد و الولد» تعبداً ربای بین والد و ولد را از تحت کریمه ی (حرَّمَ الرِّبا) خارج می کند. امّا در «ورود»، موضوع دلیل مورود تکویناً به برکت تعبد از بین می رود و دیگر موضوع شامل آن نمی شود. مثال معروف آن، دلیل حجیت خبر واحد است که تکویناً موضوع قاعده ی «قبح عقاب بلا بیان» را از بین می برد. اگر بیانی از جانب شارع نباشد عقاب قبیح است، ولی شارع با حجت قرار دادن خبر واحد، آن را تعبداً بیان می داند و بعد از این تعبد، دیگر موضوع قبح عقاب بلا بیان تکویناً از بین می رود. پس در ورود با تعبد، تکویناً موضوع دلیل مورود از بین می رود، لذا در ما نحن فیه هم باید بگوییم ورود است؛ نه حکومت؛ زیرا جناب شیخ «الناس مسلطون علی اموالهم» را معنا کردند به «الناس مسلطون علی اموالهم فی الموارد الجائزه»، پس اگر شارع موردی مانند «بیع مال غیر» را تعبداً بفرماید جایز نیست، دیگر بالوجدان و تکویناً از تحت «الناس مسلطون علی اموالهم» خارج می شود.

طریق سوم: طریق سوم فرض ملک حقیقی است، مانند بیع ذو الخیار و بیع واهب که آناًما قبل از فروش وارد ملکش می شود و بیع در ملکش محقق می شود.(۲)

۱- یا تعبداً فردی را برای موضوع دلیل محکوم درست می کند.

۲- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص۸۸: و أمّا حصول الملک فی الآن المتعقّب بالبیع و العتق، فیما إذا باع الواهب عبده الموهوب أو أعتقه، فلیس ملکاً تقدیریاً نظیر الملک التقدیری فی الدیه بالنسبه إلی المیّت، أو شراء العبد المعتق علیه، بل هو ملک حقیقیّ حاصل قبل البیع من جهه کشف البیع عن الرجوع قبله فی الآن المتّصل؛ بناءً علی الاکتفاء بمثل هذا فی الرجوع، و لیس کذلک فیما نحن فیه. و بالجمله، فما نحن فیه لا ینطبق علی التملیک الضمنی المذکور أوّلًا فی «أعتق عبدک عنی»؛ لتوقّفه علی القصد، و لا علی الملک المذکور ثانیاً فی شراء من ینعتق علیه؛ لتوقّفه علی التنافی بین دلیل التسلّط و دلیل توقّف العتق علی الملک، و عدم حکومه الثانی علی الأوّل، و لا علی التملیک الضمنی المذکور ثالثاً فی بیع الواهب و ذی الخیار؛ لعدم تحقّق سبب الملک هنا سابقاً بحیث یکشف البیع عنه، فلم یبقَ إلّا الحکم ببطلان الإذن فی بیع ماله لغیره، سواء صرّح بذلک کما لو قال: «بع مالی لنفسک»، أو «اشترِ بمالی لنفسک»، أم أدخله فی عموم قوله: «أبحت لک کلّ تصرّف»، فإذا باع المباح له علی هذا الوجه وقع البیع للمالک إمّا لازماً؛ بناءً علی أنّ قصد البائع البیع لنفسه غیر مؤثّر، أو موقوفاً علی الإجازه؛ بناءً علی أنّ المالک لم ینوِ تملّک الثمن.

توضیح مطلب این که اگر کسی متاعی را به دیگری بفروشد ولی حق خیار داشته باشد یا متاعی را به نحو جواز هبه کرده باشد، می تواند دوباره آن متاع را به شخص ثالث بفروشد. راه تصحیح این بیع آن است که بگوییم آناًما قبل از فروش، آن متاع حقیقتاً داخل در ملک ذو الخیار و واهب می شود، آن گاه متاع را در ملک خودش می فروشد؛ چون از یک طرف «لا بیع الا ـ فی ملک» داریم و از طرف دیگر ذو الخیار و واهب حق رجوع دارد و می تواند متاع خودش را بفروشد. لذا مقتضای جمع بین این دو آن است که بگوییم آناًما قبل از فروش رجوع محقق شده و تحقیقا وارد ملک ذو الخیار و واهب شده، سپس فروخته می شود. ما نحن فیه هم می تواند مثل بیع ذو الخیار و بیع واهب باشد به این صورت که مبیع آناًما قبل از بیع حقیقتاً وارد ملک مباحٌ له می شود و سپس بیع در ملک مباحٌ له محقق می شود.

شیخ – رحمه الله علیه – می فرماید: طریق سوم هم در ما نحن فیه ناتمام است؛ زیرا در مورد بیع واهب و ذوالخیار دلیل وجود دارد و مقتضای جمع بین أدله است، امّا در ما نحن فیه که مالک به مباحٌ له می گوید «بعْ کتابی لنفسک» چنین دلیلی وجود ندارد، لذا از طریق سوم (ملکیت حقیقی آناًما) نیز قابل تصحیح نیست.

ملکیت تقدیری یا حقیقی؟!

مرحوم شیخ قدس سره - در مثل ملکیت آناً ما بر عمودین و سپس انعتاق آن ها فرمود ملکیت تقدیری است و در ملکیت ذو الخیار و واهب آناًما قبل از بیع فرمود ملکیت حقیقی است. فرق این دو در چیست؟ ملکیت تقدیری اگر صرف فرض است و ملکیتی در واقع حاصل نمی شود، پس ارزشی ندارد و نمی تواند به عنوان راه حل برای شراء عمودین باشد و اگر در واقع ملکیتی حاصل شده پس ملکیت حقیقی است و با ملکیت ذو الخیار و واهب فرقی ندارد. حقیقت و ذات ملکیت اعتبار است، اگر حاصل شد دیگر فرقی بین ملکیت عمودین آناً ما قبل از انعتاق با ملکیت ذوالخیار آناً ما قبل از بیع نیست. بنابراین تسمیه ی یکی به تقدیری و دیگری به حقیقی وجهی ندارد.

بحث صغروی در تصرفات متوقف بر ملک

اشاره

بیان کردیم این کبری که با إباحه نمی توان تصرّف متوقف بر ملک کرد از قضایایی است که قیاساتها معها و جای بحث ندارد. مهم بحث صغروی است که چه تصرفاتی متوقف بر ملک است.

مواردی که به عنوان تصرفات متوقف بر ملک شمرده شده عبارتند از:

۱. فروش ملک غیر برای خود «لا بیع الا فی ملک»

اشاره

دو دلیل بر عدم جواز فروش ملک غیر و بیع غیر مملوک اقامه شده که قبلاً نیز آن را ذکر کردیم.

یکی دلیل عقلی است که مرحوم شیخ توضیح دادند که مقتضای بیع آن است که ثمن داخل کیس کسی می شود که مبیع از کیس او خارج شده است. پس اگر کسی ملک دیگری را برای خودش بفروشد این خلاف حقیقت بیع بوده و بیع بر

آن صدق نمی کند. بنابراین حتی اگر مبیح به مباحٌ له تصریح کند که می توانی برای خودت بفروشی، نمی تواند برای خودش بفروشد.

دیگری دلیل شرعی است که از روایات استفاده می شود «لا بیع الا فی ملک».

در نقد این دو دلیل می گوییم:

اوّلاً: در تعریف بیع قبلاً بیان کردیم: این که بر لسان عده ای جاری است که بیع تبدیل اضافه است درست نیست، بلکه بیع آن است که موجِب (بایع) رابطه ی ملکی خود را نسبت به مبیع إفناء می کند و رابطه ی ملکی جدیدی را برای مشتری نسبت به مبیع ایجاد می کند، همچنین رابطه ی ملکی مشتری به ثمن را إفناء می کند و رابطه ی ملکی جدیدی را برای خودش نسبت به ثمن ایجاد می کند و مشتری هر دو را قبول می کند.

ثانیاً: به حسب سیره و روش عقلاء در إفناء رابطه ی ملکی قبل و ایجاد رابطه ی ملکی جدید نیازی ندارد که موجِب مالک باشد، بلکه اگر اختیار تام هم نسبت به مالی داشته باشد می تواند این عمل را انجام دهد. به عنوان مثال پولی که پدر به فرزندش می دهد و مرادش این نیست که ملک فرزند شده باشد تا اگر فوت کرد به عنوان میراث به مادرش هم برسد، بلکه صرفاً اباحه کرده ولی این اجازه را داده که با آن مثلاً غذا یا لباس بخرد، حال اگر فرزند با آن پول، غذا یا لباس برای خود بخرد شکی نیست که بیع بر آن صدق می کند. بنابراین از لحاظ عقلاء لازم نیست که بایع حتماً مالک باشد، بلکه اگر اختیار خرید با آن ثمن یا اختیار فروش مبیع را داشته باشد نزد عقلاء کافی است که بیع بر عمل او صدق کند و او بایع باشد.

پس این که گفته شد معنای بیع به مقتضای حکم عقل آن است که مالکیت مالکی با مالکیت مالک دیگر جابه جا شود و غیر مالک نمی تواند بفروشد درست

نیست، بلکه معنـای بیع تبـدیل است از جـانب هر کسـی که این اختیـار را دارد، بنابراین هر یک از «مالک» یا «مأذون از جانب مالک» می تواننـد بیع انجام دهنـد و بیع اختصاص به مالک ندارد. به همین خاطر قبلاً بیان کردیم حاکم شـرع با این که مالک نیست می تواند سهم سبیل الله از زکات را که ملک کسی نیست یا لااقل بنابر مبنای این که ملک کسی نیست بفروشد و آن را در جهاد که فرد اعلای سبیل الله است هزینه کند، در حالی که اگر محذور عقلی داشت قابل استثناء نبود.

پس اشکال عقلی و نیز اشکال عقلائی بیعِ غیر مملوک که بعضی مطرح کرده اند مندفع است.

امّـا دلیـل شـرعی «لاـ بیع الاـ فی ملـکٍ» گرچه درست است که از آن اسـتفاده می شود نمی توان ملک دیگری را فروخت، امّا دلالت نـدارد که اگر مالک اذن داده باشـد هم نمی توان فروخت! از مثل این عبارت بیش از این اسـتظهار نمی شود که فروش ملک دیگری بما هو ملک دیگری برای کسـی که أجنبی از آن است و هیچ ربطی به مالک ندارد جایز نیست، لذا برای کسـی که از طرف مالک مأذون است استفاده نمی شود که جایز نیست و در آینـده صـحبت بیشتری در این باره خواهـد آمد إن شاء الله.

از ما ذکرنا روشن می شود این که بعضـی گفته انـد: «اگر مباحٌ له مبیع را برای خودش بفروشـد برای مالک واقع می شود نظیر بیع فضولی که مشـهور گفته اند اگر کسـی ملک دیگری را بفروشد و حتی تصریح کند که برای خودم می فروشم، اگر مالک آن را إجازه کرد بیع برای مالک واقع شده و ثمن داخل در ملک مالکِ مبیع می شود» درست نیست؛ چون مباحٌ له با اذنی که از طرف مالـک دارد مالـک بر بیع است، لـذا اگر اضـافه ی مشتری به ثمن را إفنـاء کرد و آن را برای خودش ایجـاد کرد برای خودش محقق می شود، به خلاف فضولی که مالکیتی بر بیع ندارد.

بنابراین همان طور که بعض از اجلّه ی فقهاء از جمله سید یزدی(۱) قدس سره - فرمودند، در بیع لازم نیست بایع مالک «مبیع» باشد، بلکه همین مقدار که بایع مالک و اختیاردار «بیع» باشد در صدق بیع کافی است و بیع آن گونه که إنشاء کند واقع می شود.

جواز پرداخت کفارات با إباحه ی شوهر

از ما ذکرنا درباره ی جواز بیع برای مباحٌ له، حکم مسائل مشابه آن نیز روشن می شود؛ از جمله این که با مالی که شوهر إباحه کرده زن می تواند کفارات خودش را بپردازد. یا اگر زن اذن دهد شوهر می تواند از مال خودش کفاره ی همسرش را بپردازد و لازم نیست که شوهر ابتدا آن مال را تملیک همسرش کند و از جانب وی قبول کند، آن گاه وکالتاً از جانب وی مال همسرش را به عنوان کفاره بپردازد، بلکه همین مقدار که همسرش او را وکیل در پرداخت کفاره کرده کافی است که شوهر بتواند از مال خودش پرداخت کند.

۱- حاشیه المکاسب (للیزدی)، ج ۱، ص۷۸: مقتضی الوجه العقلی المشار إلیه عدم جوازه و کذا مقتضی جمله من الأخبار الآتیه فی مسأله بیع الفضولی الّتی حاصل مضمونها أنّه لا بیع إلّا فی ما یملک و فی بعضها أن الضّیعه لا یجوز ابتیاعها إلّا من مالکها أو بأمره أو رضی منه و یمکن الخدشه فی الوجه العقلی بأن مقتضی إطلاق المعاوضه و المبادله و إن کان دخول العوض فی ملک من خرج عن ملکه المعوّض إلّا أنّه قابل للتقیید بالخلاف و لا یخرج بذلک عن حقیقه المعاوضه لکفایه لحاظ کونه عوضا عرفا فی صدقها کما فی المهر فی النّکاح فإنّه عوض البضع و یمکن أن یکون علی غیر الزّوج و کما فی أداء دین الغیر کما یقال خط ثوب زید و أنا أعطیک درهما أو احمل زیدا و علیّ عوضه أو خذ هذا الدّرهم عوض رکوب زید و نحو ذلک. فالمعتبر فی حقیقه المعاوضه جعل الشی ء فی مقابل الشّی ء من حیث هما مع قطع النّظر عن کون المالک هذا أو ذاک و حینئذ فإذا أذن فی بیع ماله لنفسه صحّ کأن یقول بع مالی لک و کذا فی الشّراء کأن یقول اشتر بمالی لک فتأمل و أمّا الأخبار فیمکن أن یقال لا یستفاد منها إلّا اعتبار کونه مالکا للبیع و إن لم یکن مالکا للمال و لذا قال إنّ الضّیعه لا یجوز ابتیاعها إلّا من مالکها أو بأمره أو رضی منه فهی بصدد بیان عدم جواز البیع بدون إذن المالک فتأمل.

همچنین کسی که خمس و زکات بر عهده دارد، می تواند از مالی که برایش مباح شده پرداخت کند و این که از شهید و بعضی دیگر نقل شده که با مال إباحه شده نمی توان خمس و زکات را پرداخت کرد وجه قابل قبولی ندارد.

آیا کسی می تواند خمس و زکات دیگری را پرداخت کند؟

گاهی این سؤال مطرح می شود که بعضی از پدران به جهت ترس از عاقبت فرزندانشان به خاطر عدم پرداخت خمس و زکات، حاضرند خودشان از طرف فرزندانشان پرداخت کنند، آیا این مبرئ ذمه ی فرزندانشان می شود؟ و به طور کلی آیا کسی می تواند خمس و زکات دیگری را پرداخت کند؟

در پاسخ می گوییم: آن کسی که خمس و زکات بر عهده اش است، در صورتی که وکالت داده باشد دیگری می تواند خمس و زکات وی را از مال خودش بپردازد؛ چون همان طور که بیان کردیم لازم نیست مالی که به عنوان خمس یا زکات پرداخت می شود ملک کسی که خمس و زکات به ذمه اش آمده، باشد، امّا در صورتی که وکالت نداده باشد پرداخت تبرعی شخص دیگر مشکل است به دو جهت:

۱. خمس و زکات از واجبات عبادی بوده و احتیاج به قصد قربت دارد. لذا کفایت این که فقط مؤدّی قصد قربت کند و کسی که خمس و زکات به ذمه اش آمده غافل باشد مورد اشکال است.

البته ممکن است کسی ادعا کند از آن جا که عمده دلیل بر عبادی بودن زکات و خمس روایتی است با این مضمون که «لا صدقه إلا ما أرید به وجه الله»(۱) به

۱- وسائل الشیعه، ج ۱۹، کتاب الوقوف و الصدقات، باب۱۳، ح۲، ص۲۰۹ و تهذیب الاحکام، ج۹، ص۱۵۱: وَ [مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ] بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَّادِ بْنِ عُثْمَانَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام - قَالَ: لَا صَدَقَةَ وَ لَا عِتْقَ إِلَّا مَا أُرِيدَ بِهِ وَجْهُ اللَّهِ عَزَّ وَ جَلَّ.

ضمیمه ی ادعای اجماع، این بیش از لزوم قصد قربت مؤدّی اقتضاء نمی کند، ولی جای تأمل دارد و التزام به آن مشکل است هر چند بعضی به آن ملتزم شده اند.

۲. در مورد زکات و خمس حدّاقل دو مبنا وجود دارد؛ یک مبنا این است که زکات و خمس به ذمه ی افراد تعلق می گیرد، که در این صورت چون به صورت دین بر عهده ی من علیه الخمس می شود صرف نظر از اشکال اوّل مشکلی ندارد که دیگری آن را پرداخت کند؛ زیرا پرداخت تبرعی دین دیگری بلا- مانع است؛ مثلاً زید که به عمرو صد هزار تومان بدهکار است، بکر می تواند به عنوان پرداخت دین زید صد هزار تومان به عمرو بدهد و ذمه ی زید بریء شود.

مبنای دیگر آن است که زکات و خمس به عین تعلق می گیرد که در این صورت فقط مالك می تواند آن عین را إفراز کند یا قیمت آن را بپردازد تا اشتراک از بین برود و دلیلی وجود ندارد که با تبرّع دیگری اشتراک زائل شود.

در مورد کفارات هم در صورتی که تبرعاً و بدون اذن باشد همین اشکال وجود دارد؛ چون همان طور که قبلاً- بیان کرده ایم(۱) کفارات عبادی است، بر خلاف سید خویی - رحمه الله علیه - که فرموده بود(۲) توصلی است.

۲. «لا عتق الا فی ملکٍ»

اشاره

مسأله ی دیگری که به عنوان صغریات کبرای «عدم جواز تصرفات متوقف بر

۱- رجوع شود به مقالات فقهی (۷).

۲- موسوعه السید الخوئی، ج ۲۲، ص۳۰۸: و الأمر بالکفّاره فیما نحن فیه من هذا القبیل، ضروره أنّ الأمر بالتکفیر توصلیّ لا تعبّدی، فلا یعتبر فی سقوطه قصد التقرّب، و إنّما العبادیّه معتبره فی نفس المتعلّق من الصوم و العتق لقوله علیه السلام -: «لا عتق إلّا ما قُصد به اللّه» دون الإطعام، فلو أطعم بعنوان الکفّاره کفی و إن لم یقصد به القربه. و هذا أقوی شاهد علی أنّ الأمر الناشئ من قبل الکفّاره توصلیّ فی حدّ نفسه، و إلّا لما اختلفت الخصال الثلاث فیما ذکر کما لا یخفی.

ملک با إباحه» مطرح شده «عتق» است؛ یعنی اگر کسی عبد یا أمه ای را به دیگری إباحه کرده باشد مباحٌ له نمی تواند آن عبد یا أمه را آزاد کند حتی اگر مُبیح تصریح به جواز عتق کرده باشد. کما این که کسی که می خواهد بنده ای آزاد کند اگر به دیگری بگوید «اعتق عبدک عنّی» و واقعاً این را قصد کرده باشد که عبدش را بدون این که تملیک کند از جانب تقاضا کننده آزاد کند، عتقی محقق نمی شود؛ چون در روایات وارد شده «لا عتق الا فی ملکٍ»(۱) یا «لا عتق الا بعد الملک»(۲).

ولی بعید نیست که این جا هم بگوییم مراد روایات، احتراز از عتق مملوک دیگری بما هو مملوکٌ است، لذا اگر کسی مالک و اختیاردار عتق به إباحه باشد هر چند مالک عبد نباشد، عتق محقق می شود و روایات نظری به آن ندارد.

شاید بتوان از این قضیه هم در معنا کردن عبارت استفاده کرد که در بعضی روایات وارد شده که زنی در خارج از مدینه وقتی دید دشمنان اسلام حمله کردند و ممکن است به اسارت گرفته شود سوار بر شتری شد و به سرعت از

۱- الخلاف، ج ۳، ص۱۶۹: و روی عمرو بن شعیب، عن أبیه، عن جده، عن النبی۹أنه قال: «لا طلاق إلا فیما یملک، و لا عتق إلا فیما یملک، و لا بیع إلا فیما یملک».

۲- وسائل الشیعه، ج۲۲، کتاب الطلاق، باب۱۲، ح۱، ص۳۱: مُحَمَّدُ بْنُ عَلِیِّ بْنِ الْحُسَیْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ حَمَّادٍ عَنِ الْحَلَبِیِّ عَنْ أَبِی عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام - فِی حَدِیثٍ أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ رَجُلٍ قَالَ کُلُّ امْرَأَةٍ أَتَزَوَّجُهَا مَا عَاشَتْ أُمِّی فَهِیَ طَالِقٌ فَقَالَ لَا طَلَاقَ إِلَّا بَعْدَ نِکَاحٍ وَ لَا عِتْقَ إِلَّا بَعْدَ مِلْکٍ. وَ رَوَاهُ فِی الْمُقْنِعِ مُرْسَلًا عَنْ رَسُولِ اللَّهِ۹. • وسائل الشیعه، ج۲۳، کتاب العتق، باب۵، ح۱،ص۱۵: وَ [مُحَمَّدُ بْنُ یَعْقُوبَ] عَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِیَادٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ بْنِ شَمُّونٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ الْأَصَمِّ عَنْ مِسْمَعٍ أَبِی سَیَّارٍ عَنْ أَبِی عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام - قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ۹ لَا عِتْقَ إِلَّا بَعْدَ مِلْکٍ. وَ رَوَاهُ الشَّیْخُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ یَعْقُوبَ.

معرکه فرار کرد، وقتی خدمت پیامبر- صلی الله علیه و آله و سلم - رسید به حضرت عرض کرد: نذر کردم به شکرانه ی این که توانستم به سلامت از معرکه نجات پیدا کنم این شتر را نحر کنم. حضرت فرمودند: بئس ما جَزَیتِ ناقتک، این شتر تو را از اسارت نجات داد ولی تو بد جزایی می خواهی به آن بدهی، بعد فرمودند: این شتر مال من است و تو نذر کرده ای شتر مرا بکشی، در حالی که نذر باید در ملک باشد.(۱) مراد حضرت این است که چون بدون اجازه در ملک دیگری نذر کرده، نذر واقع نمی شود؛ نه این که لازم است منذور حتماً مملوک ناذر باشد.

آیا در شراء عمودین، عتق در ملک محقق می شود؟

با این که قائل شدیم لازم نیست عتق حتماً در ملک باشد و در بعضی موارد برده می تواند بدون ورود در ملک آزاد شود، امّا در مسأله ی شراء عمودین مانند مشهور می گوییم که عمودین بعد از شراء آنا‌ًما وارد ملک ولد می شوند آن هم به نحو ملکیت حقیقی نه ملکیت تقدیری و فرضی، سپس آزاد می شوند؛ زیرا فرض آن است که ولد، عمودین را برای خودش می خرد و چنین شرائی صحیح است، لذا به مقتضای تحقق شراء باید بگوییم عمودین وارد ملک مشتری (ولد) می شوند؛ زیرا معنای شراء آن است که در مقابل ثمنی که مشتری پرداخت می کند مثمن هم برای کسی که فرض کرده منتقل شود و فرض آن است که ولد ثمن را پرداخت کرده تا عمودین داخل در ملک خودش شوند، پس آنا‌ًما داخل در ملکش می شوند و الا اگر بدون دخول در ملک ولد آزاد شوند شرائی محقق نشده است.

۱- مصنف عبد الرزاق الصنعانی، ج۸، ص۴۳۵: وَأَنَّ امْرَأَةً أَقْبَلَتْ هِیَ وَ زَوْجٌ لَهَا، فَأَخَذَ زَوْجَهَا الْعَدُوَّ فَأَوْثَقُوهُ وَ کَانَتْ عَلَی رَاحِلَهِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّی اللهُ عَلَیْهِ وَسَلَّمَ، فَنَذَرَتْ لَئِنْ قَدِمَتِ الْمَدِینَهَ لَتَنْحَرَنَّهَا، فَلَمَّا جَاءَتْ أَخْبَرَتِ النَّبِیَّ صَلَّی اللهُ عَلَیْهِ وَ سَلَّمَ بِنَذْرِهَا، فَقَالَ: «بِئْسَ مَا جِزَیْتِ نَاقَتَکِ، لَا تَنْحَرِیهَا، فَإِنَّکِ لَا تَمْلِکِینَهَا».

۳. «لا وطی الا فی ملک»

مورد دیگری را که مطرح کردند وطی جاریه است که باید در ملک باشد، لذا مباحٌ له نمی تواند جاریه ای که به وی إباحه شده را وطی کند.

ولی این جزء واضحات فقه شیعه است که به تحلیل هم می شود وطی کرد و غیر از شاذی از إمامیه کسی مخالفت نکرده است، همان طور که مرحوم شیخ نیز به آن تصریح می کنند، فقط ادعا شده که این تحلیل باید به صیغه ی خاصی باشد؛ مثلاً به صیغه ی تملیک بُضع باشد؛ یعنی اگر بگوید: «أبحتُ لک وطی جاریتی» نمی تواند وطی کند، ولی بگوید «ملّکتُک بضع جاریتی» می تواند وطی کند، الا این که با مراجعه ی به روایات می یابیم که تحلیل با هر لفظی که دالّ بر آن باشد مجوّز وطی است، مگر این که اجماع وجود داشته باشد که صیغه ی خاصی لازم است و الا مقتضای روایات، جواز وطی جاریه ی دیگری به تحلیل است.

إن قلت: کریمه ی (وَ الَّذِینَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ، إِلاَّ عَلَی أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَکَتْ أَیْمَانُهُمْ)(۱) جواز وطی را منحصر در این کرده که یا زوجه باشد یا ملک یمین، لذا جواز وطی با تحلیل، با کریمه سازگاری ندارد.

قلت: حداقل دو پاسخ می توان ارائه کرد:

۱. کریمه قابل تخصیص است، چنان که روایت معروف «لَا تُعَادُ الصَّلَاهُ إِلَّا مِنْ خَمْسَهٍ الطَّهُورِ وَ الْوَقْتِ وَ الْقِبْلَهِ وَ الرُّکُوعِ وَ السُّجُودِ»(۲) تخصیص خورده و مورد

۱- (وَ الَّذِینَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ* إِلَّا عَلیَ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَکَتْ أَیْمَانهُُمْ فَإِنهَُّمْ غَیرُْ مَلُومِینَ* فَمَنِ ابْتَغَی وَرَاءَ ذَالِکَ فَأُوْلَئکَ هُمُ الْعَادُونَ) سوره ی مبارکه ی مؤمنون، آیات ۵ تا ۷ و سوره ی مبارکه ی معارج، آیات ۲۹ تا ۳۱.

۲- وسائل الشیعه، ج ۴، کتاب الصلاه، ابواب القبله، باب۹، ح۱، ص۳۱۲: مُحَمَّدُ بْنُ عَلِیِّ بْنِ الْحُسَیْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ زُرَارَهَ قَالَ: قَالَ أَبُو جَعْفَرٍ علیه السلام - لَا تُعَادُ الصَّلَاهُ إِلَّا مِنْ خَمْسَهٍ الطَّهُورِ وَ الْوَقْتِ وَ الْقِبْلَهِ وَ الرُّکُوعِ وَ السُّجُودِ. وَ رَوَاهُ الشَّیْخُ أَیْضاً بِإِسْنَادِهِ عَنْ زُرَارَهَ مِثْلَه.

ششم و هفتم نیز می توان برای آن ذکر کرد. بنابراین مانعی ندارد «الا بالتحلیل» که از سنت استفاده می شود در کنار (إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ) به عنوان مقید و مخصص باشد.

۲. به قرینه ی روایات متعددی که تحلیل را جایز می دانـد بگوییم مراد از (أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ) اعم از ملکیت رقبه یا ملکیت انتفاع از رقبه از حیث وطی می باشد، کما این که مراد از (إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ) اعم از زواج دائم و موقت است.

به هر حال از نظر فقه شیعه تحلیل واضح است و جای مناقشه از حیث فتوا و روایت نیست.

آیا إباحه ی بالعوض و إباحه در مقابل إباحه معاوضه است؟

جناب شیخ - رحمه الله علیه - در بررسی وجه سوم و چهارمِ اقسام معاطات به حسب قصد متعاطیین فرمودند این دو وجه یعنی «إباحه ی بالعوض» و «إباحه ی در مقابل إباحه» مبتلا به دو اشکال اساسی است.

اشکال اوّل که صغرویاً و کبرویاً مورد بحث قرار دادیم این بود که اگر مُبیح قصد کرده باشد تمام تصرفات حتی تصرفات متوقف بر ملک برای مباحٌ له باشد چنین چیزی مشروع نیست.

اشکال دوم این است که هیچ یک از این دو وجه، جزء معاوضات شناخته شده ی شرعی و عرفی نیست.

امّا وجه سوم(۱) (إباحه ی بالعوض) جزء معاوضات شناخته ی شده ی شرعی و

۱- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص۸۹: و أمّا الکلام فی صحّه الإباحه بالعوض سواء صحّحنا إباحه التصرّفات المتوقّفه علی الملک أم خصّصنا الإباحه بغیرها فمحصّله: أنّ هذا النحو من الإباحه المعوّضه لیست معاوضه مالیّه لیدخل کلّ من العوضین فی ملک مالک العوض الآخر، بل کلاهما ملک للمبیح، إلّا أنّ المباح له یستحقّ التصرّف؛ فیشکل الأمر فیه من جهه خروجه عن المعاوضات المعهوده شرعاً و عرفاً، مع التأمّل فی صدق التجاره علیها، فضلًا عن البیع، إلّا أن یکون نوعاً من الصلح، لمناسبه له لغهً؛ لأنّه فی معنی التسالم علی أمرٍ بناءً علی أنّه لا یشترط فیه لفظ «الصلح»، کما یستفاد من بعض الأخبار الدالّه علی صحّته بقول المتصالحین: «لکَ ما عندک و لی ما عندی»، و نحوه ما ورد فی مصالحه الزوجین، و لو کانت معامله مستقلّه کفی فیها عموم «الناس مسلّطون علی أموالهم»، و «المؤمنون عند شروطهم». و علی تقدیر الصحّه، ففی لزومها مطلقاً؛ لعموم «المؤمنون عند شروطهم»؛ أو من طرف المباح له؛ حیث إنّه یخرج ماله عن ملکه، دون المبیح؛ حیث إنّ ماله باقٍ علی ملکه، فهو مسلّط علیه، أو جوازها مطلقاً، وجوه، أقواها أوّلها، ثمّ أوسطها.

عرفی نیست به خاطر این که معنای معاوضات مالیه این است که هر یک از طرفین مالک عوض دیگر شود؛ مثلاً کسی که کتابش را با قلم معاوضه می کند به این معناست که کتاب را می دهد و مالک قلم می شود و طرف مقابل هم قلم را می دهد و مالک کتاب می شود. امّا در إباحه ی بالعوض این قانون خدشه دار شده و معاوضه ای به این صورت محقق نمی شود؛ زیرا مبیح که مالش را به مباحٌ له إباحه کرده آن مال از ملکش خارج نشده، از طرف دیگر مباحٌ له در مقابل إباحه ی مبیح، عوض را تملیک مبیح کرده است. پس مبیح هم مالک عوض شده و هم مالک معوّض و این خارج از معاوضات شناخته شده ی عرفی و شرعی بوده و امری غریب می باشد.

وجه چهارم(۱) (إباحه در مقابل إباحه) نیز از معاوضات مالیه ی معهوده نیست؛ چون در معاوضات مالیه ملک جابه جا می شود، ولی در وجه چهارم هیچ ملکی جابه جا نمی شود و از این حیث از وجه سوم نیز وضعش بدتر است؛ چون در وجه سوم ملک از یک طرف نقل می شد، هر چند وجه سوم از این حیث که یک

۱- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص۹۰: و أمّا حکم الإباحه بالإباحه، فالإشکال فیه أیضاً یظهر ممّا ذکرنا فی سابقه، و الأقوی فیها أیضاً الصحّه و اللزوم؛ للعموم، أو الجواز من الطرفین؛ لأصاله التسلّط.

طرف مالک عوض و معوض هر دو می شد وضعش از این وجه بدتر است.

صلح یا معاوضه ی مستقل بودن این دو وجه در نظر شیخ قدس سره –

جناب شیخ – رحمه الله علیه – سپس می فرماید: جای تأمل است إباحه ی بالعوض تحت عنوان تجارت قرار گیرد، چه رسد به این که تحت عنوان بیع قرار گیرد! چون در تجارت لازم است چیزی از ملک تاجر خارج شده و چیزی داخل ملکش شود، آن هم به صورت مکرّر و فی الجمله از این عمل منتفع شود. صرف این که یک إباحه ی بالعوض انجام شود یا حتی به صورت مکرر انجام شود تجارت صدق نمی کند، کما این که واضح است بیع هم صادق نیست. امّا دو راه حل وجود دارد که إباحه ی بالعوض را از معاوضات محسوب کنیم:

الف) این که بگوییم جزء عنوان شناخته شده ی «صلح» است؛ چون لباب آن سازش است و در واقع مباح بودن ملکش را در مقابل عوضی که می گیرد مصالحه می کند هر چند لفظ «صلح» را به کار نبرده است و این مهم نیست چنان که در روایت آمده که اگر متصالحین بگویند «لک ما عندک و لی ما عندی»(۱) بدون آن که لفظ صلح را به کار برده باشند مصالحه محقق می شود؛ چون لباب این حرف که

۱- وسائل الشیعه، ج ۱۸، کتاب الصلح، باب۵، ح ۱، ص۴۴۵: مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيِّ بْنِ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْعَلَاءِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ علیه السلام – أَنَّهُ قَالَ: فِي رَجُلَيْنِ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا طَعَامٌ عِنْدَ صَاحِبِهِ وَ لَا يَدْرِي كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَمْ لَهُ عِنْدَ صَاحِبِهِ فَقَالَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِصَاحِبِهِ لَكَ مَا عِنْدَكَ وَ لِي مَا عِنْدِي فَقَالَ لَا بَأْسَ بِذَلِكَ إِذَا تَرَاضَيَا وَ طَابَتْ أَنْفُسُهُمَا. وَ رَوَاهُ الشَّيْخُ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ صَفْوَانَ وَ فَضَالَةَ عَنِ الْعَلَاءِ بْنِ رَزِينٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ علیه السلام – وَ عَنْ صَفْوَانَ عَنْ مَنْصُورِ بْنِ حَازِمٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام – وَ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ سَمَاعَةَ عَنِ ابْنِ رِبَاطٍ عَنْ مَنْصُورِ بْنِ حَازِمٍ نَحْوَهُ وَ رَوَاهُ الْكُلَيْنِيُّ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ حَمَّادٍ عَنْ حَرِيزٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَحَدِهِمَا علیه السلام – مِثْلَه.

«آن چه پیش تو است مال تو و آن چه پیش من است مال من» سازش است.

ب) این که بگوییم معـاوضه ای مسـتقل است؛ چون حقیقت یک مبادله و معاوضه را دارد و می توانیم به عموماتی مثل «الناس مسلطون علی اموالهم» و «المؤمنون عند شروطهم» برای تصحیح آن تمسک کنیم، هر چند اسمی در میان عرف ندارد.

مرحوم شـیخ می فرمایـد: علاـوه بر تصـحیح، لزوم چنین معامله ای را نیز می توانیم از عموم «المؤمنون عنـد شـروطهم» اسـتفاده کنیم. البته احتمال دارد لازم از جانبین نباشد، بلکه لازم از جانب فقط مباحٌ له باشد؛ چون عوض از ملکش خارج شده، ولی از طرف مُبیـح چون معوّض از ملکش خارج نشـده لازم نیست. احتمال هم دارد که کلاً جایز باشد. به هر حال أقوی لزوم عقد از دو طرف و در مرتبه ی بعد لزوم از جانب مباحٌ له می باشد.

وجه چهارم (اباحه در مقابل اباحه) نیز معلوم است که تجارت عن تراض بر آن صادق نیست، لـذا بایـد یا آن را مصالحه بدانیم یـا این که بگوییم معـاوضه ای مسـتقل است که صـحت و لزوم آن را می توان از عموماتیماننـد «المؤمنون عنـد شـروطهم» به دست آورد. البته مرحوم شـیخ در لزوم آن کمی شک می کنند و می فرمایند: «و الأقوی فیها أیضاً الصـحّه و اللزوم؛ للعموم، أو الجواز من الطرفین؛ لأصـاله التسـلّط» به خـاطر این که شک می کنیم آیا می توانـد رجوع کنـد یا نه، به اطلاق «الناس مسـلطون علی اموالهم» تمسک می کنیم.

بررسی کلام شیخ قدس سره –

امّـا در مورد صـلح بودن «اباحه ی بالعوض» و «إباحه در مقابل إباحه» می گوییم: مصالحه همان طور که قبلاً بیان کردیم إنشاء سازش بوده و در واقع یک نوع کوتاه آمدن دو طرف یا حداقل یک طرف می باشد، در حالی که در ما نحن فیه چنین

نیست. بله مصالحه ی بالمعنی الأعم که به معنای توافق است و در هر عقدی وجود دارد در این دو وجه نیز وجود دارد، ولی آن مصالحه ی مصطلح نیست.

امّا روایتی که می فرماید: اگر طرفین بگویند «لک ما عندک و لی ما عندی» این مصالحه است، می گوییم: حقیقت آن است که مصالحه بودن آن به خاطر وجود قرینه است؛ زیرا اصل روایت چنین است:

مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيِّ بْنِ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْعَلَاءِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ(۱) عَنْ أَبِی جَعْفَرٍ علیه السلام - أَنَّهُ قَالَ: فِی رَجُلَیْنِ کَانَ لِکُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا طَعَامٌ عِنْدَ صَاحِبِهِ وَ لَا یَدْرِی کُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا کَمْ لَهُ عِنْدَ صَاحِبِهِ فَقَالَ کُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِصَاحِبِهِ لَکَ مَا عِنْدَکَ وَ لِی مَا عِنْدِی فَقَالَ لَا بَأْسَ بِذَلِکَ إِذَا تَرَاضَیَا وَ طَابَتْ أَنْفُسُهُمَا.

محمد بن مسلم از امام باقر علیه السلام - نقل می کند که حضرت درباره ی دو نفر که هر کدام طعامی (گندم)(۲) نزد دیگری دارد و هیچ کدام مقدار آن را

۱- روایت از لحاظ سند تمام است.

۲- مراد از طعام، گندم است: • العین، ج ۲، ص۲۵: و الطَّعَام اسم جامع لکل ما یؤکل، و کذلک الشراب لکل ما یشرب. و العالی فی کلام العرب: أن الطَّعَام هو البر خاصه. و یقال: اسم له و للخبز المخبوز، ثم یسمی بالطَّعَام ما قرب منه، و صار فی حده، و کل ما یسد جوعا فهو طَعَامٌ. قال [تعالی: أُحِلَّ لَکُمْ صَیْدُ الْبَحْرِ] وَ طَعامُهُ مَتاعاً لَکُمْ فسمی الصید طَعَاماً، لأنه یسد الجوع. • القاموس المحیط، ج ۴، ص۱۰۴: الطَّعامُ: البُرُّ، و ما یُؤْکَل. • المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، ج ۲، ص۳۷۳: إِذَا أَطْلَقَ أَهْلُ الحِجازِ لَفْظَ (الطَّعَام) عَنَوْا بِهِ البُرَّ خَاصَّةً وَ فِی الْعُرْفِ (الطَّعَامُ) اسْمٌ لِمَا یُؤْکَلُ مِثْلُ الشَّرَابِ اسْمٌ لِمَا یُشْرِبُ و جَمْعُهُ (أَطْعِمَةٌ). • الصحاح (تاج اللغه و صحاح العربیه)، ج ۵، ص۱۹۷۴: الطَّعَامُ: ما یؤکل، و ربما خُصَّ بالطَّعَام البُرُّ. و فی حدیث أبی سعید رضی اللّه عنه: «کنا نُخْرِجُ صدقةَ الفِطر علی عهد رسول اللّه صلی اللّه علیه و سلم صاعاً من طَعَامٍ، أو صاعاً من شعیر».

نمی دانند، لذا هر یک به دیگری می گوید «آن چه نزد توست مال تو و آن چه نزد من است مال من» فرمودند: اشکالی ندارد وقتی طرفین راضی بوده و طیب نفس داشته باشند.

قرینه بر مصالحه بودن آن، این است که مقدار گندمی که نزد هر کدام از مال دیگری بوده مجهول بوده و هر یک از طرفین رضایت و طیب نفس داشتند که هر چقدر گندمشان نزد دیگری است مال وی باشد و این چیزی جز مصالحه نمی تواند باشد.(۱) امّا در ما نحن فیه عوضین مشخص و معلوم است؛ مبیح می داند چه چیزی را با چه خصوصیاتی إباحه می کند و عوضی را که دریافت می کند چیست و چه مقدار است و هیچ نوع کوتاه آمدنی هم احساس نمی شود. بنابراین نمی توان إباحه ی بالعوض یا إباحه در مقابل إباحه را صلح دانست.

و امّا این که «معاوضه ی مستقل» باشد که برای تصحیح آن به عموم «الناس مسلطون علی اموالهم» تمسّک کنیم، می گوییم: این روایت مرسله بوده و با این اطلاق قابل استناد نیست، هر چند مضمون آن فی الجمله جزء مسلمات است.

و امّا در مورد تصحیح آن با تمسّک به عموم «المؤمنون عند شروطهم» می گوییم: همان طور که در بحث لزوم معاطات نیز بیان کردیم «شرط» بر التزام ابتدایی که در ضمن عقد نیست اطلاق نمی شود و اگر جایی هم اطلاق شود علی نحو الحقیقه نیست یا حداقل احراز حقیقت نمی شود.

۱- اگر مقدارها معین بود مصالحه نمی کردند، بلکه به صورت دقیق محاسبه می کردند و هر کدام مال خود را أخذ می کرد، علاوه آن که اگر بیع یا معاوضه ی دیگر بود چه بسا مبتلا به ربا می شد. (امیرخانی)

بنابراین تمسّک به این دو روایت برای تصحیح چنین معاوضه ای درست نیست.

مـایه ی تعجب است کـه چرا شیخ - رحمـه الله علیه - به عمـوم کریمه ی (اوفـوا بـالعقود) برای تصـحیح و لزوم آن تمسـک نفرمودنـد؟! چون «إبـاحه ی بـالعوض» و «إباحه در مقابل إباحه» عرفاً یک عقـد و قرارداد است، لـذا مشـمول اطلاق کریمه می باشد و دلیلی شرعی بر این که در معاوضه باید هر یک از عوضین داخل ملک دیگری شود وجود ندارد.

فرضـاً اگر کسـی در اطلاـق کریمه منـاقشه کنـد راه دیگری برای تصـحیح آن وجود دارد و آن این که چنین معـاوضه ای عند العقلاء وجود دارد و مورد ردع قرار نگرفته، پس به همان نحوی که عند العقلاء وجود دارد امضاء شده است.

بررسی صور مختلف إباحه ی بالعوض

إباحه ی بالعوض صور و مصادیق زیادی داشـته و مورد ابتلاء می باشد. به عنوان مثال صاحبان باغ اجازه ی تفریح و خوردن از میوه هـای بـاغ به دیگران داده و در آخر عوضـی می گیرنـد. یـا در قـدیم بیشتر مرسوم بود که در مطاعم هر چقـدر کسـی می تـوانست غـذا می خورد و در آخر عوضـی را پرداخت می کرد، در حـالی که این هـا بیع نیست؛ چون مقـداری که می خواهد بخورد و نیز قیمت آن را نمی داند و این غرر است و عرفاً نیز این ها را بیع نمی نامند.

بعضی از صور مهم إباحه ی بالعوض به شرح ذیل است:

۱. مبیـح برای همیشه مالش را به مباحٌ له و ورّاث او در مقابل دریافت عوض إباحه کند و خودش نیز از تصـرف در آن محروم باشد، ضمان هم نداشته و اگر خراب شد مُبیح وظیفه ای نداشته باشد و مباحٌ له بتواند هر تصرفی در آن بکند.

چنین إباحه ای در حقیقت بیع است؛ نه إباحه؛ چون اگر تمام منافع یک شیء

در اختیار دیگری باشد، به ارث به ورّاث مباحٌ له برسد، مبیح از تصرف در آن محروم باشد و ضمان نداشته باشد، دیگر ملکیّت برای مبیح نسبت به آن معنا ندارد و در واقع حقیقت بیع با لفظ دیگری محقق شده است و همان طور که خواهد آمد صیغه ی خاصی در بیع لازم نیست، بلکه هر چیزی حقیقت بیع را بیان کند بیع می باشد.

۲. مبیح عین مورد إباحه را برای مدت معیّنی مثلاً ده سال یا به اندازه ی عمر مباحٌ له در مقابل دریافت عوض معیّن إباحه کند و خودش از تصرف در آن محروم باشد، ولی ضامن سلامت و بقاء عین باشد.

چنین إباحه ای حقیقت إجاره را دارد؛ چون در واقع منفعت عین به مدت معینی در مقابل عوض معین با ضمان تملیک می شود. البته ممکن است بعضی صور آن شرعاً باطل باشد.

۳. مبیح عین را برای مدتی برای مباحٌ له در مقابل دریافت عوض إباحه می کند، ولی خودش هم می تواند تصرف کند و حتی مباحٌ له را می تواند از تصرف محروم کند و اگر مباحٌ له مُرد به مبیح برمی گردد و اگر مبیح مُرد به وراثش می رسد.

این إباحه ی بالعوض همان چیزی است که جناب شیخ فرمود معاوضه ی مستقل است و با کریمه ی (اوفوا بالعقود) تصحیح می شود.

۴. مبیح عین را به مباحٌ له در مقابل دریافت عوض إباحه می کند و خودش را از تصرف در آن محروم می کند. اگر مباحٌ له مُرد به مبیح برمی گردد و اگر مبیح مُرد به وراثش منتقل می شود.

این صورت هم عقد مستقلی است که تحت (اوفوا بالعقود) قرار می گیرد.

بررسی صور مختلف إباحه در مقابل إباحه

إباحه در مقابل إباحه نیز می تواند دارای صوری باشد که اهم آن عبارتند از:

۱. طرفین از ابتدا قصد می کنند که إباحه در مقابل إباحه به نحو معاوضه بوده به حدّی که سلب اختیار از هر یک از طرفین نسبت به مالش کند و نتوانند رجوع کنند. به عنوان مثال که کثیراًما در کشتزارها اتفاق می افتد هر یک از مالکان زمین بخشی از زمین خود را برای عبور طرف مقابل إباحه می کنند؛ مثلاً زید به عمرو می گوید بخشی از زمینم را إباحه می کنم به عنوان ممرّ برای تو باشد و در مقابل، بخشی از زمین تو هم برای من مباح باشد به عنوان ممرّ استفاده کنم و مقصودشان این است که این إباحه برای طرفین برای همیشه ثابت باشد و معاوضه ای باشد که قابل برگشت نباشد.

بعید نیست که عرفاً بر این صورت عقد اطلاق شود؛ چون در عقد لازم نیست متعلق آن ملک باشد، لذا مشمول اطلاق (أوفوا بالعقود) بوده و صحیح و لازم می باشد و دیگر نمی توان برای اثبات جواز آن به اطلاق «الناس مسلطون علی اموالهم» تمسّک کرد؛ چون روایت در این جا تخصیص خورده است، کما این که کسی که ملکش را إجاره می دهد نمی تواند به اطلاق روایت تمسک کرده و جواز آن را اثبات کند.

۲. هر یک ملک خود را به دیگری إباحه می کند ولی سلب اختیار از خود نمی کنند و هر وقت هر کدام خواست می تواند مانع تصرف طرف مقابل شود؛ مثلاً یکی به دیگری می گوید فعلاً شما کتاب مرا مطالعه کن، من هم از قلم شما استفاده می کنم.

این صورت معلوم است که صرف إباحه است و عرفاً عقد بر آن صدق

نمی کند. مدتی که با هم نشسته اند از مال یکدیگر استفاده می کنند و عقدی در کار نیست. بنابراین صحت چنین إباحه ای از باب عقد نیست، بلکه از باب جواز تصرف است در ملک دیگری با رضایت وی.

۳. گاهی یک طرف مالش را إباحه می کند به داعی این که طرف مقابل هم مالش را إباحه کند.

این صورت هم معلوم است که عقد نیست. طرف مقابل هم ملزم نیست مالش را إباحه کند؛ چون شرط نشده و صرف داعی بوده و تخلف دواعی ضربه ای به عقد یا ایقاعی که قبلش بوده نمی زند. بنابراین مباحٌ له می تواند تصرف کند بدون آن که خودش إباحه کند.

تنبیه پنجم: (جریان معاطات در غیر بیع)

اشاره

تنبیه پنجم که کـاربرد زیـادی دارد مربوط به این مسـأله است که آیـا معاطـات در غیر بیع از عقود و حتی ایقاعـات هم جریـان دارد؟ البته جناب شیخ این عنوان را به عقود(۱) اختصاص داده اند، ولی در ایقاعات هم به همین ملاک می تواند جاری باشد.

از آن چه تـا به حال بیان کردیم پاسـخ به این سؤال به راحتی میسـر است؛ زیرا از مباحث گذشـته معلوم شـد که ملاک، تحقق عقـد نزد عرف و عقلاـء است. تحقق عقـد هم تـارهً به لفـظ است مثل «بعت و اشتریت» در بیع، و تارهً به فعل است که معاطات یکی از مصادیق آن می باشد.

پس قاعـده آن است که هر عقـد و ایقاعی با فعل (معاطات بالمعنی الاعم) محقق می شود و تمام آثار عقد لفظی را دارد؛ مگر این که اجماعی بر خلاف قائم باشـد یا عقد خاصـی دارای خصوصـیتی باشد که امکان معاطات در آن نباشد؛ مثلاً قیام إجماع در نکاح موجب عدم تحقق به غیر لفظ است یا در مورد طلاق روایاتی وارد شده که جز با لفظ خاص محقق نمی شود، مانند:

و عنه [محمـد بن یعقوب عن حُمَیْدُ بْنُ زِیَادٍ] عَنِ ابن سـماعه [الْحَسَنِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ سَـمَاعَهَ] عَنِ ابْنِ رِبَاطٍ وَ عَلِیُّ بْنُ إِبْرَاهِیمَ عَنْ أَبِیهِ عَنِ ابْنِ أَبِی عُمَیْرٍ جَمِیعاً عَنِ ابْنِ أُذَیْنَهَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ أَنَّهُ سَأَلَ أَبَا جَعْفَرٍ٨عَنْ رَجُلٍ قَالَ لِامْرَأَتِهِ أَنْتِ عَلَیَّ حَرَامٌ أَوْ بَائِنَهٌ أَوْ بَتَّهٌ أَوْ بَرِیئَهٌ أَوْ خَلِیَّهٌ قَالَ: هَـذَا کُلُّهُ لَیْسَ بِشَـیْ ءٍ إِنَّمَا الطَّلَاقُ أَنْ یَقُولَ لَهَا فِی قُبُلِ الْعِـدَّهِ بَعْـدَ مَا تَطْهُرُ مِنْ مَحِیضِهَا قَبْلَ أَنْ یُجَامِعَهَا أَنْتِ طَالِقٌ أَوِ

۱- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص۹۱: [الأمر] الخامس فی حکم جریان المعاطاه فی غیر البیع من العقود و عدمه.

اعْتَدِّی یُرِیدُ بِذَلِکَ الطَّلَاقَ وَ یُشْهِدُ عَلَی ذَلِکَ رَجُلَیْنِ عَدْلَیْنِ.

وَ رَوَاهُ أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِی نَصْرٍ فِی کِتَابِ الْجَامِعِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ سَمَاعَهَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَلَی مَا نَقَلَهُ الْعَلَّامَهُ فِی الْمُخْتَلَفِ وَ تَرَکَ قَوْلَهُ أَوِ اعْتَدِّی.(۱)

روایت از لحاظ سند تمام است.

محمد بن مسلم از امام باقر علیه السلام - سؤال کرد درباره ی مردی که به زنش چنین گفت: تو بر من حرامی، تو جدا شدی از من، تو منقطعی از من، تو بریء هستی از من، تو دیگر خالی و بی شوهر هستی، حضرت فرمودند: هیچ یک از این ها چیزی نیست [و طلاق با آن محقق نمی شود] طلاق فقط به این است که بعد از این که از حیض پاک شد قبل از این که مجامعت کند بگوید: «أنتِ طالق» ... و دو مرد عادل شاهد باشند.

پس معلوم می شود حتی لفظ های نزدیک به «أنتِ طالق» هم در طلاق کافی نیست؛ چه رسد به این که اصلاً لفظی نباشد و با فعلی مانند چادر سرش کردن یا از خانه بیرون کردن یا برگرداندن نگاه ... طلاق جاری کند. پس این روایت به طریق اولی دلالت می کند طلاق با معاطات محقق نمی شود، بلکه در مورد لفظ «اعتدّی» هم کلام است.

وجه اعتباری محقق نائینی قدس سره – در عدم تحقق نکاح به معاطات و نقد آن

محقق نائینی قدس سره - در مورد نکاح، غیر از تمسّک به إجماع، وجه اعتباری دیگری را در عدم تحقق نکاح به معاطات ذکر کرده اند و آن این که(۲) معاطات در نکاح

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص۶۹.

۲- المکاسب و البیع (للمیرزا النائینی)، ج ۱، ص ۲۲۰: إن عناوین المعاملات باعتبار وقوع المعاطاه فیها و عدمه ینقسم علی أقسام الأول ما لا تقبل المعاطاه شرعا بأن جعل الشارع المائز بین صحیحها و فاسدها اللفظ، فالمشتمل منها علی اللفظ صحیح و غیر المشتمل منها فاسد و ذلک کالنکاح حیث أن المائز بین النکاح و السفاح هو اللفظ و هذا القسم مما لا تجری فیه المعاطاه أصلا.

• منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، ج ۱، ص۸۱: ما لا یجری فیه المعاطاه أمور منها: ما لا یمکن إلّا إنشاء بالقول خارجا و منها: ما لا یصح إنشاؤه بالفعل شرعا و منها: مورد الخلاف. ... و من الثّانی النّکاح فإنّ الفعل فیه ملازم لضدّه و هو الزّنا و السّفاح بل مصداق للضدّ حقیقه فإن مقابل النّکاح لیس إلّا الفعل المجرّد عن الإنشاء القولی و عمّا جعله الشّارع سببا للحلیّه.

مصداق زنا و سفاح است که ضد نکاح می باشد؛ چون مایز بین نکاح و سفاح جز لفظ نیست. پس چگونه می توان نکاح را با ضدش که سفاح است إنشاء کرد؟!

ولی این کلام درست نیست؛ زیرا:

اوّلاً: عقد نکاح معاطاتی منحصر در آن عمل خاص نیست، ممکن است مثلاً انگشتر دادن و انگشتر گرفتن در جایی دالّ بر نکاح باشد. بله اگر اجماع یا نصی بر خلاف آن باشد عقد نکاح با آن محقق نمی شود، ولی محلّ کلام صرف نظر از اجماع و نص می باشد.

ثانیاً: فرق نکاح با سفاح این است که در نکاح قصد می کند که با این فعل زوجیت محقق شده و حقوق زوجیت برای طرفین ثابت شود، ولی در سفاح قصد تحقق زوجیت و حقوق آن را ندارد.

بنابراین اگر کسی با اقدام به وطی هم بخواهد عقد نکاح را محقق کند نمی توان گفت فعل او زناست و لزومی ندارد ابتدا نکاح محقق شود و لو رتبهً آن گاه وطی، بلکه اگر نکاح و وطی هم زمان محقق شود و این وطی، وطی نکاحی باشد کفایت می کند.

کلام محقق نائینی قدس سره – در عدم تحقق ضمان، وصیّت و تدبیر به معاطات و نقد آن

محقق نائینی قدس سره – درباره ی ضمان، وصیّت و تدبیر نیز فرموده است(۱) که محذور خاص دارد و به معاطات محقق نمی شود.

«ضمان» که در کتب فقهی به معنای «انتقال دین از ذمه ای به ذمه ی دیگر» است، از آن جا که مربوط به ذمه بوده؛ نه عین و لذا عینی ردّ و بدل نمی شود نمی توانند با معاطات و بده و بستان آن را محقق کنند؛ مثلاً زید که در ذمه اش فلان مبلغ به عمرو بدهکار است و با یک عقد ضمان منتقل به ذمه ی بکر می شود، عینی ردّ و بدل نمی شود تا بتوان ردّ و بدل آن عین را به عنوان محقِّق عقد ضمان دانست.

یا وقتی کسی «وصیت» می کند که مثلاً این کتاب بعد از مرگم مال زید باشد، نمی توان این وصیت را با دادن آن کتاب به زید محقق کرد؛ زیرا زید که الان

۱- منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، ج ۱، ص۸۱: ما لا یجری فیه المعاطاه أمور منها: ما لا یمکن إلّا إنشاء بالقول خارجا و منها: ما لا یصح إنشاؤه بالفعل شرعا و منها: مورد الخلاف. فمن الأوّل الوصیه تملیکیه کانت أو عهدیّه و التّدبیر و الضّمان فإنّها لا تنشأ إلّا بالقول لعدم وجود فعل کان مصداقا لهذه العناوین فإن انتقال الدّین من ذمّه إلی أخری لا یمکن أن یتحقّق بالفعل و لا العتق أو الملکیّه أو القیمومه بعد موت الموصی. • المکاسب و البیع (للمیرزا النائینی)، ج ۱، ص۲۲۲: العقود المعاوضیه و ما یلحق بها مما یشتمل علی التسلیط کالعاریه و الودیعه و نحو هما کلها مما تصح بالمعاطاه لصلاحیه الفعل التسلیطی لأن یقع مصداقا لها ... و اما ما عدا العقود المعاوضیه فالوصیه لا تجری فیها المعاطاه لعدم کون التسلیط مصداقا لها أما العهدیه منها فواضح، و أما التملیکیه منها فکذلک أیضا لأنها عباره عن التملیک بعد الموت و التسلیط الفعلی لا یکون قابلا لأن یصیر مصداقا للتملیک بعد الموت.

مالک کتاب نمی شود و اگر الان به او بدهد مصداق هبه می باشد؛ نه وصیت.

یا در «تدبیر» کسی که می خواهد بعد از وفاتش عبدش را آزاد کند، اگر آن را با آزاد کردن بالفعل عبد محقق کند که دیگر تدبیر نمی شود.

ولی کلام محقق نائینی قدس سره - تمام نیست؛ زیرا:

در تحقق عقد ضمانِ معاطاتی لازم نیست که متعلّق عقد ردّ و بدل شود تا اشکال شود که متعلق عقد که عین نیست تا قابلیت ردّ و بدل شدن تکوینی داشته باشد! بلکه ممکن است در جایی مثلاً گرفتن انگشتر کسی و دست کردن آن دلالت بر تحقق عقد ضمان داشته باشد. پس هر فعلی که عرفاً دالّ بر إنشاء عقد باشد می تواند محقِّق عقد باشد.

یا در وصیّت می تواند همین الان کتاب را بدهد بعد از او پس بگیرد، ولی معنایش این باشد که بعد از مرگ موصی مال او باشد و لازم نیست کتاب را به این نیت بدهد که از الان مالک باشد.

یا در تدبیر می تواند با یک فعل یا علامتی این را برساند که بعد از مرگم آزادی؛ نه از الان.

بنابراین در مثل ضمان، وصیت و تدبیر نیز راه برای معاطات بالمعنی الاعم باز است و صیغه لازم نیست.

وجه اعتباری عدم تحقق قرض به معاطات و نقد آن

از جمله مواردی که گفته اند به خاطر وجه اعتباری نه به خاطر وجود اجماع یا نص خاص به معاطات محقق نمی شود قرض می باشد؛ زیرا در قرض، قبض شرط صحت است و صرف عقد در تحقق قرض کافی نیست و مادامی که عینِ مورد قرض به مقترض إعطاء نشود قرض محقق نمی شود. این بدان معناست که

در تحقق قرض، علاوه بر مقتضی، شرط هم لازم است. مقتضی عقد است و قبض شرط. تفاوت بین مقتضی و شرط امر شناخته شده ای است. مقتضـی آن چیزی است که معلول و مقتضا از آن صادر می شود و شـرط، متمّم فاعلیت مقتضـی یا متمم قابلیت قابل می باشـد. پس شـرط نمی تواند مقتضـی باشد یا مقتضـی نمی تواند شـرط باشد، حال آن که اگر قرض به معاطات محقق شود بدین معناست که معاطات، هم عقد (مقتضی) است و هم شرط، در حالی که اتحاد مقتضی و شرط معقول نیست. بنابراین قرض معاطاتی معنا ندارد.(۱)

ولی این کلام درست نیست؛ زیرا:

۱- حاشیه کتاب المکاسب (للأصفهانی، ط - الحدیثه)، ج ۱، ص۱۹۱: و منها: القرض فإنّه أیضا محل الکلام مع أنّ السیره فیه أیضـا جـاریه بلاـ کلاـم. و لیعلم أولاـ: أنّ المعاطاه فی القرض إن کانت بنفس القبض، مع أنّ القبض شـرط الصـحه یلزمه اتحاد الشـرط و المشروط و هو محال، إذ الشی ء لا یعقل أن یکون نفسه مصححا لفاعلیه نفسه أو متمما لقابلیه نفسه، لعدم الاثنینیه بین الشـی ء و نفسه، ففرض عدم تمامیه الفاعلیه و القابلیه فی حد ذاته ینافی فرض تمامیته بنفس ذاته. و ربّما أمکن دفع الإشکال فی خصوص القرض بأنّه تملیک بالضمان، فالعقد مثلا مؤثر فی الملک، و القبض الخارجی مؤثر فی خصوصیته و هو الضمان بوضع الیـد و الاستیلاء علیه، و حیث إنّهما متلازمان فی نظر الشارع، فلا یتحقق الملک الملازم للضـمان إلا بعـد تحقق العقـد المتعقّب بالقبض، و فی صوره القرض بنفس القبض المتسبب به إلی حقیقه الملک الضـمان لا یلزم اتحاد الشـرط و المشـروط، بل اتحاد السـببین لأمرین متلازمین، فالقبض بما هو فعل أنشأ به الملک سـبب له، و بما هو استیلاء خارجی سـبب للضـمان، و سببیه شی ء واحـد بحیثیتین حقیقیتین لأـمرین لاـ محـذور فیه. و أمّـا جعله بمنزله العله المرکبه لملکیه خـاصه، فلاـ یکاد یـدفع محـذور اتحاد الشـرط و المشـروط کمـا لاـ یخفی. إلّـا أنّ هـذا الجواب مخصوص بـالقرض، مع أنّ الاشـکال جار فی الرهن و الوقف بناء علی شرطیه القبض للصـحه. و الجواب: العام أنّ الفعل الخارجی الخاص له حیثیان من حیث الصـدور من الراهن مثلا، و بهـذا الاعتبار اقباض، و من حیث مساسه بالمرتهن القابض، و بهـذا الاعتبار قبض کالاعطاء و الأخـذ فی المعاطاه البیعی، حیث قلنا بأنّه یتسـبب إلی الملکیه بإعطـائه، و یطـاوع الآـخر بأخـذه، فهنـاک فعلاـن حقیقه کـل منهمـا قـائم بطرف، فلا مانع من کون أحـدهما بمنزله المقتضی، و الآخر بمنزله الشرط.

اوّلاً: بحث ما در تحقق قرض است به مطلق فعل و اختصاص به إعطاء و أخذ ندارد. لذا اگر عقد با فعلی دیگر إنشاء شود و سپس قبض شود این اشکال پدید نخواهد آمد.

ثانیاً: حقیقت آن است که مقتضی، شرط و مانع در تکوینیات مطرح است؛ مثلاً در سوختن چوب توسط آتش، آتش مقتضی است، رسیدن آتش به چوب شرط است و رطوبت چوب مانع می باشد که عدم آن، مصحّح این فعل و انفعال است. امّا در اعتباریات که «تأثیر و تأثّر» و «فعل و انفعالی» وجود ندارد، بلکه موضوع و حکم است که اگر موضوع وجود داشته باشد عقلاء یا شرع حکم می کنند و اگر موضوع نباشد حکم هم نیست. بله، گاهی از باب تسامح و تشابه به تکوین می گوییم فلان چیز به عنوان مقتضی است و فلان چیز به عنوان شرط و این در مثل قرض بدین معناست که دو چیز لازم است تا حکم شود؛ یکی إنشاء عقد و دیگری قبض. اگر این دو محقق شد حکم به تحقق قرض می شود و الا نه.

بنابراین اگر با إعطاء و أخذ، إنشاء قرض شود از آن جا که هم إنشاء محقق شده و هم قبض، پس دو جزء موضوع که برای تحقق حکم لازم بود پدیدار شده و دیگر حالت منتظره ای نیست. پس اثر مترتب می شود.

بنابراین مثل این اشکال از عقود دیگری مانند رهن، هبه و وقف(۱) که قبض در آن شرط است منتفی می باشد. و نیز این اشکال از بیع صرف که تقابض در آن شرط است و از بیع سلم که قبض ثمن در آن شرط است دفع می شود اگر چنین اشکالی وارد کرده باشند؛ و اگر این اشکال را در مورد بیع صرف و سلم مطرح نکرده باشند می توانیم آن را به عنوان نقض بر کلام آنان بگیریم و بگوییم: چطور شما معاطات در بیع صرف و سلم را قبول دارید در حالی که آن جا هم قبض شرط صحت است؟!

۱- مشهور قریب به اجماع گفته اند در وقف نیز قبض شرط صحت است، نهایت آن که قبضُ کلّ شيءٍ بحسبه.

وجه اعتباری عدم تحقق رهن به معاطات و نقد آن

در مورد رهن هم گفته شده که به معاطات محقق نمی شود؛ زیرا معاطات یا مفید إباحه است یا مفید ملکیت جایزه، هر کدام باشد مبتلا به محذور است. اگر معاطات مفید إباحه باشد رهن معنا ندارد؛ چون رهن یعنی انسان در مقابل دَینش وثیقه ای را به دائن تحویل دهد، در حالی که اگر مباح باشد بدین معناست که می تواند برگردد و از وثیقه بودن خارج شود. و اگر معاطات مفید ملکیت جایزه باشد آن هم مشکلی را در باب رهن حل نمی کند؛ زیرا همان طور که بیان کردیم رهن برای استیثاق از وفاء دین است که اگر مدیون به هر دلیلی اداء نکرد دائن بتواند از آن عین مرهونه استفاده کند و دَین خود را تسویه کند، در حالی که اگر جایز باشد مدیون می تواند قبل از اداء دین، عین مرهونه را به خودش برگرداند و از وثیقه بودن خارج کند.(۱)

۱- المکاسب و البیع (للمیرزا النائینی)، ج ۱، ص۲۲۵: اعلم أنه یمکن الإشکال فی إجراء المعاطاه فی الرهن من وجهین (الأول) ما أشار إلیه فی الکتاب و حاصله ان هاهنا اجماعان (أحدهما) الإجماع علی أن الرهن لازم من طرف الراهن (و ثانیهما) الإجماع علی عدم لزوم ما ینشأ بالفعل و أن اللزوم فی جمیع العقود یتوقف علی الإیجاب و القبول اللفظیین و مقتضی الجمع بین الإجماعین هو بطلان المعاطاه فی الرهن لکون صحته ملازما مع لزومه من طرف الراهن و هو مخالف مع الإجماع علی عدم لزوم ما ینشأ بالفعل. • حاشیه المکاسب المحرمه (للأصفهانی، ط - الحدیثه)، ج ۱، ص۱۸۷: و منها: الرهن فإنّه وقع الخلاف فیه و عمده المانع عن جریان المعاطاه فیه کونها ملزومه للجواز بالإجماع، و هو ینافی حقیقه الرهن المتقوّم بالوثوق، و عن بعض الأجلّه توهم المنافاه من حیث الوثوق الحاصل بقبض العین المرهونه المنافی لجواز ردها، فیدفع المنافاه بأنّ فائده الرهن غیر منحصره فی الوثوق من خوف الرجوع حتی یکون الرهن بالمعاطاه المحکومه بالجواز لغوا، بل جل فائدته اختصاص المرتهن باستیفاء حقه منه مع قصوره عن دیون الراهن، و عدم الضرب فیه مع الغرماء؛ مع وثوقه من الراهن بعدم رجوعه عنه، و یؤید ذلک بل یدل علیه أنّ اعتبار القبض فیه إنّما هو للوثوق مع عدم اعتبار استدامته بالإجماع.

بنابراین رهن نمی تواند به معاطات محقق شود؛ خصوصاً با توجه به این که در مورد رهن، چیزی که موجب تبدیل جواز به لزوم باشد مثل تصرف متلِف وجود ندارد تا لاأقل دائن بتواند در بعض صور از عین مرهونه استفاده کند.

و اگر بگویید معاطات در این جا مفید لزوم می باشد، پاسخ آن است که این خلاف اطباق علماست بر این که عقود لازم متوقف بر لفظ است!

ولی این وجه نیز برای عدم تحقق رهن به معاطات درست نیست؛ زیرا:

اوّلاً ـ همان طور که قبلاً ـ در جواب کسانی که با تمسّك به اجماع منکر صحت بیع معاطاتی شده بودند بیان کردیم، اصلاً اجماعی بر توقفِ عقود لازم بر لفظ وجود ندارد، بلکه از کلام شیخ طوسی قدس سره - و بعضی دیگر استفاده می شود اجماع وجود دارد بر این که اگر معاطات صحیح نباشد و لزوم نیاورد قطعاً إباحه می آورد.

ثانیاً: فرضاً اگر اجماع باشد بر این که عقودِ لازم متوقف بر لفظ است می گوییم اجماع چون دلیل لبّی است به قدر متیقن أخذ می شود و آن مربوط به عقود معاوضی است که از دو طرف لازم می باشد؛ نه مثل رهن که فقط از طرفِ راهن لازم است و از طرف مرتهن لازم نیست.

وجه اعتباری عدم تحقق وقف به معاطات و نقد آن

در مورد وقف نیز گفته شده به معاطات محقق نمی شود؛ زیرا اگر بگوییم وقف با معاطات به نحو لزوم محقق می شود خلاف ادعای اجماع است که لزوم متوقف بر إنشاء به لفظ است و اگر بگوییم وقف با معاطات به نحو جایز محقق می شود چنین چیزی معهود نیست و جایی سراغ نداریم که اگر کسی بعد از وقف خواست برگردد، بتواند رجوع کند. بنابراین وقف معاطاتی درست نیست.

جواب این وجه نیز از ما سبق روشن است که اجماعی بر این که عقود و ایقاعات

لازم، متوقف بر إنشاء به لفظ است وجود ندارد. بنابراین اطلاقات و عمومات دالّ بر صحت عقود و ایقاعات مرجع است و اشکال اتحاد شرط و مقتضی را قبلًا پاسخ دادیم. پس وقف نیز به معاطات محقق می شود و سیره ی متشرعه هم قائم است بر این که کثیری از وقف ها بدون صیغه بوده است؛ مثلاً کسی که می خواست فرشی را وقف مسجد کند آن را می خرید و در مسجد پهن می کرد و دیگران هم بر روی آن نماز می خواندند. یا کسی قصد وقف حسینیه داشت آن را می ساخت و تحویل می داد تا در آن روضه بخوانند. پس اگر قصد وقف معلوم باشد و قبض محقق شود کافی است در تحقق وقف و دیگر حالت منتظره ندارد.

بعضی نیز این طور پاسخ داده اند که می توان ملتزم به وقف جایز شد! ولی آن خیلی مشکل است و معهود نیست و شرط رجوع وقف در حالت خاصّی غیر از جواز وقف است.

وجه عدم تحقق هبه به معاطات و نقد آن

بعضی علاوه بر وجه اتحاد مقتضی و شرط در عدم تحقق هبه به معاطات، گفته اند اجماع قائم است بر این که هبه احتیاج به لفظ دارد.

ولی این نوع ادعای اجماع همان طور که در اصول فقه بیان کرده ایم معمولاً به خاطر وجود اجماع بر کبرای آن است؛ یعنی چون این جا به نظر مدعی، اجماع وجود دارد هر چیزی که مفید ملکیت باشد از جمله هبه متوقف بر لفظ است، ادعای اجماع بر عدم تحقق هبه به معاطات کرده است که جواب آن را قبلًا بیان کردیم چنین اجماعی وجود ندارد.

ارائه ی محقق ثانی قدس سره – شواهدی از کلمات فقهاء بر تحقق إجاره و هبه به معاطات

جناب شیخ – رحمه الله علیه – در ابتدای ورود به تنبیه پنجم این مطلب را ذکر کردند(۱) که محقق ثانی قدس سره – شواهدی از کلمات فقهاء ارائه کرده اند مبنی بر این که معاطات در اجاره و هبه هم جریان دارد و آن این که:

بعضـی در مورد إجـاره گفته انـد: «إذا أمر شـخصاً بعملٍ علی عوضٍ معیّن فعمله اسـتحقّ الأُجره»؛ اگر کسـی دیگری را به انجام عملی در مقابل عوض معیّن امر کنـد و او انجام دهـد مسـتحق آن اجرت می شود. محقق کرکی قـدس سـره – می فرمایـد: این کلام شاهد بر آن است که اجاره ی معاطاتی را صحیح می دانند؛ زیرا امر به انجام عمل و انجام عمل توسط مأمور که صیغه ی اجـاره نیست، علاوه این که طبق فرض از اجیر هم هیـچ لفظی صادر نشـده است. پس معلوم می شود در این فرآینـد که طرف مقابـل عمل را تحویل می دهـد معاطات محقق می شود و این قول دالّ بر آن است که معاطات در اجاره جریان دارد؛ زیرا اگر اجـاره به معاطـات صـحیح نباشـد لازمه اش آن است که نه طرف مقابل می توانـد عمل را انجام دهـد و نه مسـتحق اجرت می شود، البته در صورتی که علم به فساد إجاره داشـته باشـد. پس همین که گفته انـد معامله صـحیح بوده و مسـتحق اجرت است، معلوم می شود إجاره به معاطات محقق می شود.

۱- المکـاسب المحرمه (ط – الحـدیثه)، ج ۳، ص۹۱: اعلم أنّه ذکر المحقّق الثـانی رحمه اللّه فی جـامع المقاصـد علی ما حکی عنه: أنّ فی کلاـم بعضـهم مـا یقتضـی اعتبار المعاطاه فی الإجاره، و کـذا فی الهبه؛ و ذلک لأنّه إذا أمره بعملٍ علی عوضٍ معیّن فعمله اسـتحقّ الأُـجره، و لو کـانت هـذه إجـاره فاسـده لم یجز له العمـل، و لم یسـتحقّ اجره مع علمه بالفساد، و ظاهرهم الجواز بـذلک، و کذا لو وهب بغیر عقد؛ فإنّ ظاهرهم جواز الإتلاف، و لو کانت هبه فاسده لم یجز، بل منع من مطلق التصرّف، و هی ملحظ وجیه، انتهی.

نظیر این حرف را در مورد هبه نیز گفته اند [و آن این که اگر کسی بدون خواندن صیغه چیزی را به دیگری بخشید آن شخص می تواند آن را إتلاف کند، در حالی که اگر معاطات در هبه جاری نبود جایز نبود آن را اتلاف کند.]

اشکالات جناب شیخ قدس سره – بر کلام محقق ثانی قدس سره – و نقد آن

جناب شیخ قدس سره – سه اشکال بر کلام محقق کرکی قدس سره – وارد می کنند:

اشکال اوّل

طبق مبنای محقق ثانی قدس سره – که معاطات مفید ملکیت است؛ نه إباحه، معنای جریان معاطات در إجاره آن است که مستأجر مالک عمل اجیر شود و اجیر هم مالک اجرت شود، همانند إجاره ی بالصیغه که وقتی زید، عمرو را برای مثلاً کنس مسجد اجیر می کند زید مالک کنس شده و بر عهده ی عمرو است انجام دهد. عمرو هم مالک اجرت شده و بر عهده ی زید است پرداخت کند، در حالی که کسی ندیدم به این مسأله در معاطات تصریح کند. پس طبق مبنای محقق کرکی نمی توان کلمات فقهاء را شاهد بر جریان معاطات در إجاره دانست.(۱)

نقد اشکال اوّل جناب شیخ قدس سره –

در شاهد بودن کلمات فقهاء بر جریان معاطات در إجاره لازم نیست به تمام آثار ملکیت تصریح کنند، بلکه اگر بعض آثار ملکیت را بر اجاره ی معاطاتی مترتب کنند کافی است که بگوییم در نظر آنان اجاره ی معاطاتی هم مثل اجاره ی بالصیغه صحیح است. پس همین که گفته اند اجیر می تواند عمل را انجام دهد و

۱- همان، ص۹۱: و فیه: أنّ معنی جریان المعاطاه فی الإجاره علی مذهب المحقّق الثانی: الحکم بملک المأمور الأجر المعیّن علی الآمر، و ملک الآمر العمل المعیّن علی المأمور به، و لم نجد من صرّح به فی المعاطاه.

مستحق أجرت می شود از آثار صحت إجاره ی معاطاتی است و این که به سایر آثار تصریح نکرده اند شاید نیازی نبوده است. علاوه آن که ممکن است بعضی به آن تصریح هم کرده باشند.

اشکال دوم

محقق کرکی فرمودند: «اگر إجاره ی معاطاتی باطل بود اجیر نمی توانست عمل را انجام دهد» ولی این کلام درست نیست و فساد إجاره موجب منع از عمل نیست؛ فرضاً اگر زید عمرو را به اجاره ی فاسد برای کنس مسجد اجیر کرد مثلاً مبلغ إجاره تعیین نشده بود و عمرو هم می دانست این اجاره فاسد است، آیا دیگر عمرو نمی توانست کنس مسجد کند؟! مگر این که بگوییم مراد آن جایی است که عمرو را برای عمل بر روی عینی که مربوط به مستأجر است اجیر کرده باشد؛ مثلاًـ اجیر کند منزلش را نقاشی کند که در این صورت عمرو با علم به فساد إجاره نمی تواند تصرف در منزل زید کرده و آن را نقاشی کند.

ولی مرحوم شیخ می فرماید حتی در این صورت نیز عمرو می تواند منزل زید را نقاشی کند؛ زیرا زید خودش از عمرو درخواست کرده منزلش را نقاشی کند. بله از آن جا که إجاره به خاطر معلوم نبودن عوض باطل می باشد مستحق أجره المسمی نمی شود، امّا به هر حال اذن وی برای اصل نقاشی وجود دارد. بنابراین اجیر می تواند حتی در عین متعلق به مستأجر نیز تصرف کرده و آن عمل را انجام دهد.(۱)

نقد اشکال دوم

به نظر می رسد در صورت علم اجیر به فساد إجاره دیگر نمی تواند در عین

۱- همان، ص۹۲: و أمّا قوله: «لو کانت إجاره فاسده لم یجز له العمل» فموضع نظر؛ لأنّ فساد المعامله لا یوجب منعه عن العمل، سیّما إذا لم یکن العمل تصرّفاً فی عینٍ من أموال المستأجر.

متعلق به مستأجر تصرف کرده و آن عمل را انجام دهد؛ مگر آن که صدق احسان بر آن عمل کند. اگر صدق احسان نکند نمی تواند تصرف کند؛ چون اذن ندارد و آن تصرفی که اذن داده بود حصه ی خاصه ای از تصرف و در ضمن إجاره بود که طبق فرض، شارع تصرف در ضمن إجاره را امضاء نفرموده و اذن دیگری هم وجود ندارد، تحت عنوان احسان هم طبق فرض قرار نمی گیرد، پس نمی تواند در آن تصرف کند.

بنابراین اگر مستلزم تصرف در عینی از اموال مستأجر باشد، در صورتی که أجیر علم نداشته باشد که مستأجر علی ایّ حالٍ هر چند إجاره باطل باشد راضی به تصرف است و مصداق احسان به مستأجر هم نباشد نمی تواند در آن تصرف کند؛ چون «لا یحل لاحدٍ أن یتصرف فی مال أخیه الا بإذنه».

اشکال سوم

محقق کرکی فرمودند: «اگر اجاره ی معاطاتی فاسد بود، در صورت علم اجیر به فساد إجاره استحقاق اجرت را نداشت» ولی این کلام نیز درست نیست؛ چون با فساد إجاره گرچه اجیر مستحق اجره المسمّی نمی شود، ولی با انجام آن عمل مستحق اجره المثل می شود؛ چون اجیر قصد تبرّع و مجّانیت نداشته، بلکه قصد عوض (اجره المسمّی) کرده که هر چند آن اجره المسمّی برای وی حاصل نشده، ولی این بدین معنا نیست که اصلاً مستحق اجرت نیست، بلکه مستحق اجره المثل است؛ چون فعل مسلم حرمت دارد، مگر آن که قصد تبرع و مجانیّت داشته باشد.(۱)

۱- همان، ص۹۲: و قوله: «لم یستحقّ اجره مع علمه بالفساد»، ممنوع؛ لأنّ الظاهر ثبوت اجره المثل؛ لأنّه لم یقصد التبرّع و إنّما قصد عوضاً لم یسلّم له. و أمّا مسأله الهبه، فالحکم فیها بجواز إتلاف الموهوب لا یدلّ علی جریان المعاطاه فیها، إلّا إذا قلنا فی المعاطاه بالإباحه؛ فإنّ جماعه کالشیخ و الحلّی و العلّامه صرّحوا بأنّ إعطاء الهدیّه من دون الصیغه یفید الإباحه دون الملک، لکنّ المحقّق الثانی رحمه اللّه ممّن لا یری کون المعاطاه عند القائلین بها مفیداً للإباحه المجرّده. و توقّف الملک فی الهبه علی الإیجاب و القبول کاد أن یکون متّفقاً علیه کما یظهر من المسالک.

نقد اشکال سوم

این مسأله که جایگاه اصلی آن در کتاب الاجاره است باید در دو صورت علم و عدم علم أجیر آن را بررسی کنیم.

مسأله ی دیگری نیز در کتاب الاجاره مطرح شده که اصلاً اگر کسی دیگری را به عملی بعوضٍ معلوم یا لا بعوضٍ معلوم امر کرد این اجاره است یا غیر اجاره؟ اگر إجاره نباشد تحت عنوان جعاله است یا این که عنوان مستقلی به نام «عمل بالضمان» یا [«ضمان الامر»] دارد؟ یعنی ماهیت چنین معامله ای صرف نظر از صحت و فساد آن چیست؟ إجاره است یا غیر إجاره؟ در صورتی که فاسد باشد ضمان دارد یا خیر؟ این ها مسائل مبتلابهی است که بسیار در زندگی عادی ما مورد نیاز است؛ چراکه اکثر کارهای ما به نحو «عمل بالضمان» است؛ مثلاً به عامل می گوییم برق ما را تعمیر کن، کولر ما را تعمیر کن و ... .

نوع فقهاء مسأله ی اجاره ی عین و اجاره ی عمل را از یک وادی دانسته و گفته اند: اگر کسی مثلاً خانه اش را به اجاره ی فاسده تحویل دیگری داد مستحق أجره المسمّی نیست، امّا مستحق أجره المثل است. همچنین اگر کسی خودش را به اجاره ی فاسده أجیر دیگری کرد و عمل را انجام داد مستحق أجره المسمّی نیست ولی مستحق أجره المثل است.

مشهور بین علم أجیر به فساد اجاره و عدم علم أجیر و نیز بین علم مستأجر به فساد إجاره و عدم علم مستأجر فرقی نگذاشته و ضمان أجره المثل را ثابت دانسته اند، به جز معدودی از فقهاء از جمله سید و بعض محشّینِ موافق ایشان و نیز محقق ثانی که نظر دیگری دارند.

آیا إجاره از مصادیق «کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» است؟

ما نحن فیه را گفته اند از مصادیق «کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» است؛ یعنی همان طور که اگر کسی مثلاً مبیعی را به عقد بیع صحیح گرفت باید ثمنش را اعطاء کند و اگر به عقد بیع فاسد گرفت و تلف کرد باید از عهده ی ضمان و خسارت آن مبیع برآید؛ یعنی بیع از عقودی است که صحیحش ضمان دارد پس فاسدش هم ضمان دارد، ما نحن فیه هم از مصادیق این کبری است؛ چون اجاره ی صحیح ضمان آور است و ضمانش همان اجره المسمی است، پس اجاره ی فاسد هم ضمان آور است و ضمانش طبق نظر مشهور اجره المثل است.

ولی این قاعده به این عرضِ عریض دلیل محکمی ندارد و أدله ی اقامه شده بر آن یا تمام نیست یا به این کلیّت نمی تواند قاعده را اثبات کند. از این جهت این قاعده نمی تواند دلیل بر ضمان إجاره ی فاسد باشد و باید دنبال دلیل خاص بود. لذا بعضی به اجماع و بعضی به سیره ی عقلائیه تمسک کرده اند.

بررسی ضمان در صورت عدم علم اجیر به فساد إجاره

در صورتی که عقد إجاره باطل باشد و أجیر بعد از انجام عمل بفهمد إجاره باطل بوده، شبهه ای نیست که در این جا أجیر مستحق اجره المسمّی نیست. ولی از طرف دیگر این عمل حرّ به امر مستأجر اتفاق افتاده و وی آن را استیفاء کرده و اجیر نیز قصد تبرّع و مجانیّت نداشته است، لذا اگر بگوییم این استیفاء بلاعوض می باشد مصداق أکل مال به باطل است؛ چون مستأجر از عمل استفاده کرده است. بنابراین لا خلاف در این که باید اجره المثل را به اجیر بپردازد.

ولی شبهه ای در این جا وجود دارد و آن این که اگر اجره المثل بیشتر از اجره المسمّی باشد، چرا باید مستأجر مقدار اضافه بر اجره المسمّی را به اجیر پرداخت

کنـد؟ در حالی که اجیر به کمتر از آن با مسـتأجر قرارداد بسـته؛ خصوصاً در صورتی که می دانست عملش بیش از آن ارزش داشـته و در عین حال قرارداد بسته است. لذا اگر اجماعی بر خلاف نباشد می گوییم به حکم سیره ی عقلاء مستأجر ضامن اقل الامرین از اجره المسـمّی و اجره المثل می باشد، مگر آن که گفته شود الغاء ما به التفاوت اجره المثل و اجره المسمّی بر اساس عقد باطلی انجام شده و کالعدم است، پس به حکم عقلاء اجره المثل باید پرداخت شود.

این در صورتی است که أجیر جاهل به بطلان إجاره باشد، امّا مستأجر عالم باشد یا جاهل فرقی نمی کند؛ چون علم و جهل در ضمان دخیل نیست. اگر کسـی اصـلاً ندانـد اتلاف مال غیر ضـمان آور است، یا نداند مالی را که تلف کرده مال غیر است باز قیمه المثل آن را ضامن است، لذا اگر در خواب هم خسارت بزند ضامن است. این جا هم مستأجر چه بداند إجاره باطل بوده و چه نداند فی الجمله ضامن اجرت می باشد.

بررسی ضمان در صورت علم أجیر به فساد إجاره

محقق کرکی قدس سره - در صورت علم أجیر به فساد إجاره فرمودند أجیر مستحق چیزی نیست، ولی مرحوم شیخ می فرماید أجیر مستحق اجره المثل است هر چند بیش از اجره المسمّی باشد؛ چون أجیر به امر مستأجر عمل را انجام داده و مستأجر آن را استیفـاء کرده و اجیر هم قصـد تبرّع نداشـته است، لـذا مسـتأجر ضامن اجره المثل است؛ خصوصاً اگر مسـتأجر هم عالم به فساد إجاره باشد.

کلام سید یزدی قدس سره – بر عدم ضمان در صورت علم به فساد اجاره

ولی سید یزدی قدس سره - در حاشیه بر مکاسب(۱) می فرماید: اگر أجیر عالم به فساد

۱- حاشـیه المکـاسب (للیزدی)، ج ۱، ص۸۱: قوله (لأـن الظـاهر ثبوت أجره إلـخ) أقول فیه منع لأـنه إذا کـان عالما بالفساد فقد أسقط حرمه عمله فلا یستحق أجره فالحکم بثبوت الأجره کاشف عن الصحه کما ذکره المحقق.

إجاره بوده و با علم به فساد عمل را انجام داده، احترام عملش را اسقاط کرده، لذا مستحق اجرتی نیست.

سید یزدی قدس سره - در العروه الوثقی(۱) نیز فرموده است: اجیر اگر عالم به فساد إجاره ی عمل باشد یا موجر اگر عالم به فساد إجاره ی عین باشد مشکل است که بگوییم مستأجر ضامن عمل اجیر یا ضامن آن منافعی است که از عین استیفاء کرده؛ خصوصاً اگر مستأجر جاهل باشد؛ چون موجر که عین را به مستأجر داده، در واقع حرمت مالش را هتک کرده و مثل کسی است که از مالش إعراض کرده است. به عنوان مثال کسی که از روی عصبانیت عینکش را به خیابان انداخت و ماشینی از روی آن رد شد، راننده ی ماشین ضامن نیست و نمی تواند خسارت آن

۱- العروه الوثقی (للسید الیزدی)، ج ۲، ص۵۹۷: مسأله ۱۶: إذا تبین بطلان الإجاره رجعت الأجره إلی المستأجر و استحق المؤجر أجره المثل بمقدار ما استوفاه المستأجر من المنفعه أو فاتت تحت یده إذا کان جاهلا بالبطلان خصوصا مع علم المستأجر و أما إذا کان عالما فیشکل ضمان المستأجر خصوصا إذا کان جاهلا لأنه بتسلیمه العین إلیه قد هتک حرمه ماله خصوصا إذا کان البطلان من جهه جعل الأجره مالا یتمول شرعا أو عرفا أو إذا کان أجره بلا عوض و دعوی أن إقدامه و إذنه فی الاستیفاء إنما هو بعنوان الإجاره و المفروض عدم تحققها فإذنه مقید بما لم یتحقق مدفوعه بأنه إن کان المراد کونه مقیدا بالتحقق شرعا فممنوع إذ مع فرض العلم بعدم الصحه شرعا لا یعقل قصد تحققه إلا علی وجه التشریع المعلوم عدمه و إن کان المراد تقیده بتحققها الإنشائیه فهو حاصل و من هنا یظهر حال الأجره أیضا فإنها لو تلفت فی ید الموجر یضمن عوضها إلا إذا کان المستأجر عالما ببطلان الإجاره و مع ذلک دفعها إلیه نعم إذا کانت موجوده له أن یستردها هذا و کذا فی الإجاره علی الأعمال إذا کانت باطله یستحق العامل أجره المثل لعمله دون المسماه إذا کان جاهلا بالبطلان و أما إذا کان عالما فیکون هو المتبرع بعمله سواء کان بأمر من المستأجر أو لا فیجب علیه رد الأجره المسماه أو عوضها و لا یستحق أجره المثل و إذا کان المستأجر أیضا عالما فلیس له مطالبه الأجره مع تلفها و لو مع عدم العمل من المؤجر.

را از وی بگیرد؛ چون خودش حرمت مالش را با انداختن در خیابان هتک کرد.

نقد کلام سید یزدی قدس سره – توسط محشّین عروه

خلاصه ی کلام سیّد قدس سره – این شد: کسی که با علم به فساد إجاره، عمل را انجام می دهد یا عین را تحویل مستأجر می دهد در واقع حرمت مالش را اسقاط کرده، بنابراین ضمانی برای مستأجر نیست. محشّین بزرگوار عروه(۱) در مقابل این کلام

۱- العروه الوثقی (المحشـی)، ج ۵، ص۵۶: (مسأله ۱۶): إذا تبیّن بطلان الإجاره رجعت الأُجره إلی المسـتأجر و اسـتحقّ المؤجر أُجره المثل بمقدار ما استوفاه المستأجر من المنفعه، أو فاتت تحت یده إذا کان جاهلًا بالبطلان، خصوصاً مع علم المستأجر، و أمّا إذا کان عالماً فیشکل ضمان المستأجر (۱)، خصوصاً إذا کان جاهلًا (۲) لأنّه بتسلیمه العین إلیه قد هتک حرمه ماله (۳) خصوصاً إذا کان البطلان من جهه جعل الأُجره ما لا یتموّل شـرعاً أو عرفاً (۴)، أو إذا کان اجره بلا عوض (۵)، و دعوی أنّ إقدامه و إذنه فی الاستیفاء إنّما هو بعنوان الإجاره و المفروض عـدم تحقّقها فإذنه مقیّـد بما لم یتحقّق مـدفوعه، بأنّه إن کان المراد کونه مقیّداً بالتحقّق شـرعاً فممنوع، إذ مع فرض العلم بعدم الصحّه شرعاً لا یعقل قصد تحقّقه إلا علی وجه التشریع المعلوم عدمه، و إن کان المراد تقیّده بتحقّقها الإنشائیّه فهو حاصل (۶) ... . (۱) بل الأظهر الضمان إلّا فی الإجاره بلا اجره أو فیما إذا کانت الأُجره ممّا لا یتموّل عرفاً و لا شـرعاً بحیث یعدّ بذل المال بإزائه مجّانیاً. (الشیرازی). بل لا إشکال فی ضمانه لقاعده الید و ما یضمن بصحیحه یضـمن بفاسـده و هتـک حرمه مـاله غیر معلوم بـل معلوم العـدم فـإنّ التسـلیط عوضـی لا مجّانیّ. لا (کاشف الغطاء). الأقوی هو الضـمان فی غیر الإجـاره بلاـ عوض أو بمـا لاـ یتموّل عرفـاً من غیر الفرق فیهمـا بین العلم بالبطلان و عـدمه و من هنا یظهر حال الأُجره فی ید المؤجر فإنّ علیه الضـمان علم المسـتأجر ببطلانها شرعاً أو لا و کذا یظهر ممّا ذکرنا حال الإجاره علی الأعمال فإنّ العامـل یسـتحقّ اجره مثل عمله إلّا فیما تقـدّم. (الإمام الخمینی). لکن الأقوی هو الضـمان لأنّه لم یسـلّطه علی المنفعه مجّاناً حتّی یکون خارجـاً من أدلّه الضـمانات فلم یهتک حرمه ماله بحسب بنائه العرفی و إن علم فساده شـرعاً نعم یتمّ ذلک فی الإجاره بلا اجره بل و فیما إذا کانت الأُجره مال الغیر فإنّ تسلیطه للمستأجر الفضولی علی منفعه ماله یکون مجّانیّا بالنسبه إلیه. (البروجردی). (۲) الظاهر هو الضـمان إلّا فیما إذا أقـدم المؤجر أو الأجیر علی عدمه و کذا الحال فی ضـمان المؤجر أو الأجیر الأُجره ثمّ إنّه لم یظهر وجه للخصوصیّه فی شی ء من الموردین. (الخوئی). لم یظهر وجه هذه الخصوصیّه. (النائینی). (۳) فی کون التسلیم بعنوان الوفاء فی المعاملات الفاسده هتکاً لحرمه المال و مسـقطاً للضـمان تأمّل بل منع فإنّ أکل المال مبتیاً علیها مصداق للأکل بالباطل حتّی فی الإجاره بلا عوض أو بعوض لا یتموّل شـرعاً أو عرفاً فالأقوی هو الضـمان مطلقاً إلّا إذا کان المسـتأجر مغروراً و کذلک الحکم فی الأُجره إذا تلفت فی یـد المؤجر. (الگلپایگانی). (۴) لا یبعد الضـمان فی غیر صورتی جعل الأُجره ما لا یتموّل عرفاً و الإجـاره بلا عوض. (الحائری). (۵) الأقوی عـدم الضـمان فی هـذه الصوره و کـذا لو جعل الأُجره ما لا یتموّل عرفاً کالخنفساء و نحوهـا و لاـ یفرق فی عـدم الضـمان فی هـاتین الصورتین بین علم المؤجر بالفسـاد أو جهله به أمّـا فیمـا عـدا ذلـک فلا أثر لعلم المؤجر بالفساد فی سـقوط الضـمان حتّی إذا کانت الأُجره ما لا یتموّل شـرعاً کالخمر مثلًا فضـلًا عمّا عدا ذلک و یطّرد ذلک فی جمیع المعاوضات. (النائینی). (۶) مجرّد إعطائه المال بعنوان الملکیه التشـریعیّه للمسـتأجر لا یقتضـی إذنه بتصرّفه فی ماله بما هو مـاله بلاـ عوض فمثـل هـذا الإذن لا یوجب إباحته و لا یرفع ضـماناً لعـدم کون قصـده هتک ماله بما هو ماله کما لا یخفی. (آقا

ضياء).

سید موضع گرفته و هر کدام مخالفت خود را با اسقاط حرمت مال ابراز کرده اند. از جمله جناب محمد حسین کاشف الغطاء از شاگردان سید یزدی، سید بروجردی، مرحوم امام، سید خویی، سید گلپایگانی، حائری، آقا ضیاء و ... رضوان الله تعالی علیهم.

سید گلپایگانی قدس سره - فرموده است: کسی که با علم به فسادِ اجاره خانه اش را تحویل مستأجر می دهد حرمت مالش را هتک نکرده، لذا مستأجر که از این خانه استفاده می کند اگر عوض آن را ندهد اکل مال به باطل می کند. پس معلوم می شود با علم موجر و اجیر به فساد معامله نیز ضمان موجود است.

مرحوم آقا ضیاء قدس سره - هم فرموده است: کسی که با علم به فساد إجاره مالش را به مستأجر می دهد حرمت مالش را هتک نکرده و مجانی آن را نمی دهد، وقتی مجانی نداده مستأجر که آن را استیفاء می کند ضامن است. پس باید از عهده ی آن برآید.

پاسخ سید قدس سره – به اشکال عدم هتک حرمت مال با علم موجر یا اجیر به فساد

مرحوم سـید مثل اشکالات فوق را چنین خلاصه می کند: «اذن موجر برای استفاده ی مستأجر از عین، اذن مقید بوده؛ یعنی اذن داده بود که مسـتأجر به عنوان اجاره اسـتفاده کند، لذا با بطلان إجاره دیگر اذنی در استفاده ندارد، پس حرمت مالش را هتک نکرده و مستأجر ضامن است» و در جواب می فرماید: مراد از این که اذنش مقید بوده چیست؟ اگر مراد این باشد که اذن مقیّد به تحقق چنین إجاره ای شـرعاً بوده که چنین چیزی معقول نیست؛ چون با فرض علم به بطلان إجاره شـرعاً، قصد تحقق إجاره شرعاً معقول نیست مگر به صورت تشـریع، در حالی که می دانیم اذن مؤجر علی وجه التشریع نبوده است. و اگر مراد این است که اذن مقیـد به تحقق إنشائی چنین إجاره ای بوده که این إجاره إنشاء شـده و در نتیجه اذن نیز وجود دارد؛ چون قیـد حاصـل شده است. پس معلوم می شود موجر اذن در تصرف عین داده مجاناً، لذا مستأجر ضامن نیست.

نقد پاسخ سید قدس سره – نسبت به موجر

این که سـید فرمود اذن انشـائی حاصل است مرادشان چیست؟! إذنی که موجر داده قطعاً به نحو مجانی نیست، حصه ای از اذن که در ضـمن اجـاره است را إنشـاء کرده و فرض آن است شـارع این را به نحوی که او إنشـاء کرده امضاء نمی کنـد، پس این حصه مُلغی است و نیز فرض آن است إذن دیگری از طرف موجر نیست. پس موجر به هیـچ وجه حرمت مـالش را الغـاء نکرده که مسـتأجر بدون هیچ ضـمانی آن را اسـتفاده کند. لذا اگر از وی سؤال شود آیا از خانه ات صـرف نظر کرده ای که مسـتأجر بدون ضمان در آن بنشیند، در پاسخ حتماً خواهد گفت نه از خانه ام صرف نظر نکرده ام. بنابراین مستأجر ضامن است.

در مورد این که ضمان در این جا به اجره المثل است یا به اقل الامرین از اجره

المثـل و اجره المسـمی، در نظر بـدوی این طـور به ذهن می آیـد که موجر چون بـا علم به این که اجره المسـمی از اجره المثل کمتر است راضـی به اجره المسـمی شده، پس ما به التفات اجره المسـمی و اجره المثل را الغاء کرده، لذا اگر اجره المثل بیشتر باشـد نمی توانیم بگوییم مسـتأجر باید آن را بپردازد، بلکه ضامن اقل الامرین از اجره المسـمی و اجره المثل است، ولی با دقت در موضوع معلوم می شود که إلغـاء مـا به التفـاوت در ضـمن إجـاره و به عنوان إجـاره بوده است؛ نه مطلقا، لـذا صـرف نظر از إجـاره مـا به التفـاوت را الغاء نکرده و دقیقاً مثل حرمت اصل مال است. شارع اسـقاط ضـمن اجاره را ملغی کرده، پس اسـقاط ضمن اجاره هم نسبت به اصل مال و هم نسـبت به ما به التفاوت ملغی شـده و باید طبق قاعده رفتار کنیم. پس می گوییم چون حرمت اصـل مـال و حرمت مـا به التفاوت به نحو شـرعی اسـقاط نشـده، نتیجه آن می شود که اگر مسـتأجر استیفاء کرد ضامن اجره المثل است؛ زیرا قاعده آن است که اگر کسـی مال مسـلمانی را استیفاء کند و قرارداد صـحیحی نداشته باشد ضامن اجره المثل است و همان طور که بیان کردیم علم و جهل مسـتأجر دخیل در ضـمان نیست. اگر کسـی به خیال این که دیگری مجاناً خانه اش را در اختیار او گذاشته آن را استیفاء کرد و بعد متوجه شد مجانی نبوده ضامن است.

بررسی پاسخ سید قدس سره – نسبت به أجیر

امّا اجیر همان طور که بیان کردیم یک موقع در ملک مسـتأجر می خواهد کار کند؛ مثلاً دیوار خانه اش را نقاشـی کند و یک موقع در جای مباح کار کند؛ مثلاً مسجدی را کنس کند.

اگر اجیر بعـد از علم به فسـاد إجاره، عمل را در ملک مسـتأجر انجام دهـد معلوم است که مسـتحق اجره المسـمی نیست؛ چون إجاره باطل بوده است. در مورد اجره المثل هم مستأجر می تواند به اجیر بگوید من به تو اذن نداده بودم وارد خانه ی من

شـده و نقاشـی کنی و اگر اجیر بگوید: خودت امر کرده بودی خانه ات را نقاشـی کنم! مسـتأجر می تواند در پاسخ بگوید: امر من به نقاشـی به صورت مطلق نبوده، بلکه متحصـص و مقیـد به إجـاره بوده است که بـا بطلان إجاره آن امر ضـمنی نیز منتفی شده و تو نیز علم داشتی که من به غیر آن امر ضمنی خواسته ی دیگری از تو نداشتم. بنابراین نه تنها مستأجر ضامن اجره المثل نیست، بلکه می تواند وی را مؤاخذه کند که چرا وارد خانه ی من شده و در آن تصرف کردی.

همچنین است اگر اجیر بعـد از علم به فساد إجاره، عمل را در غیر ملك مسـتأجر انجام دهد؛ مثلاً کنس مسـجد کرد نمی تواند از مسـتأجر طلبکار باشد؛ زیرا اجره المسـمی که شـرعاً ملغی است و اجره المثل هم چون به امر مسـتأجر نبوده نمی تواند از وی طلب کند؛ چون فرض آن است که مسـتأجر طلبِ کار از اجیر در غیر ضـمن اجاره نکرده است. بنابراین در این جا حرف سـید درست است که أجیر با انجام عمل بعد از علم به بطلان إجاره در واقع إلغای حرمت عمل کرده است.

پس مـا بر خلاـف محشـین دیگر عروه در مسـأله تفصـیل داده و می گوییم: اگر ملـك موجر در اختیـار مسـتأجر قرار گرفت و استفاده کرد مستأجر ضامن اجره المثل است؛ چون بدون اذن استفاده کرده و موجر هم حرمت مالش را هتك نکرده است.

امّا اگر اجیر بعد از علم به بطلان إجاره عمل را انجام داد مسـتأجر ضامن اجره المثل نیست؛ چون عمل به امر وی نبوده است. و معلوم است که احتیاط در همه ی این موارد به تصالح است.

ارائه ی محقق ثانی قدس سره – شواهدی از کلمات فقهاء بر تحقق هبه به معاطات

محقق کرکی قـدس سـره – علاوه بر ارائه ی شواهـدی از کلمات فقهاء بر تحقق إجاره به معاطات که بحث آن به طور مفصـل گذشت، شواهدی دیگر از کلمات فقهاء ارائه

می کنـد که هبه نیز به معاطات محقق می شود(۱) و آن این که اگر کسـی بـدون عقد لفظی چیزی را به دیگری هبه کند ظاهر کلام فقهاء آن است که متهب می توانـد آن را إتلاف کند؛ چه اتلاف حکمی که به دیگری بفروشد و چه اتلاف حقیقی. این جواز إتلاف نشانه ی آن است که معاطات در هبه نیز جریان دارد؛ چون هبه ی بدون عقد لفظی اگر باطل بود جایز نبود متّهب آن را إتلاف کند، بلکه حتی مطلق تصـرف در آن جایز نبود؛ زیرا همان طور که بیان کردیم اگر کسـی به عقد فاسد چیزی را تحویل گرفت نمی توانـد در آن تصـرف کند. حال که می تواند تصـرف کند و حتی اتلاف کند نشان از آن دارد که معاطات در هبه نیز جریان دارد.

اشکال شیخ قدس سره – به کلام محقق ثانی قدس سره –

مرحوم شیخ می فرماید(۲): کسانی که قائلند معاطات مفید إباحه است می توانند

۱- المکـاسب المحرمه (ط – الحـدیثه)، ج ۳، ص ۹۱: اعلم أنّه ذکر المحقّق الثـانی رحمه اللّه فی جـامع المقاصـد علی ما حکی عنه-: أنّ فی کلام بعضـهم ما یقتضـی اعتبار المعاطاه فی الإجاره، و کـذا فی الهبه؛ و ذلک لأنّه إذا أمره بعملٍ علی عوضٍ معیّن فعمله ... و کذا لو وهب بغیر عقد؛ فإنّ ظاهرهم جواز الإتلاف، و لو کانت هبه فاسده لم یجز، بل منع من مطلق التصـرّف، و هی ملحظ وجیه، انتهی. • جامع المقاصد فی شـرح القواعد، ج ۴، ص۵۹: و اعلم: أن فی کلام بعضهم ما یقتضی اعتبار المعاطاه فی الإجاره، و کذا فی الهبه، و ذلک لأنه إذا أمره بعمل علی عوض معین، عمله و اسـتحق الأجر، و لو کان هذا إجاره فاسده لم یجز له العمل، و لا یستحق اجره مع علمه بالفساد، و ظاهرهم الجواز بذلک، و کذا إذا وهب بغیر عقد، فان ظاهرهم جواز الإتلاف، و لو کانت هبه فاسده لم یجز، و منع من مطلق التصرف. و هو ملخص وجیه.

۲- المکاسب المحرمه (ط – الحدیثه)، ج ۳، ص۹۲: و أمّا مسأله الهبه، فالحکم فیها بجواز إتلاف الموهوب لا یـدلّ علی جریان المعاطاه فیها، إلّا إذا قلنا فی المعاطاه بالإباحه؛ فإنّ جماعه کالشـیخ و الحلّی و العلّامه صـرّحوا بأنّ إعطاء الهـدیّه من دون الصـیغه یفیـد الإبـاحه دون الملـک، لکنّ المحقّق الثانی رحمه اللّه ممّن لا یری کون المعاطاه عنـد القائلین بها مفیـداً للإباحه المجرّده. و توقّف الملـک فی الهبه علی الإیجـاب و القبول کـاد أن یکون متّفقـاً علیه کمـا یظهر من المسالـک. و ممّا ذکرنا یظهر المنع فی قوله: «بـل مطلق التصـرّف». هـذا، و لکنّ الأـظهر بنـاءً علی جریـان المعاطـاه فی البیع جریانهـا فی غیره من الإجاره و الهبه؛ لکون الفعل مفیداً للتملیک فیهما.

این را شاهد بگیرند که معاطات در هبه نیز جریان دارد، ولی کسانی مثل محقق کرکی قدس سره – که قائلند معاطات مفید ملکیت است نمی توانند این را شاهد بر جریان معاطات در هبه بگیرند؛ زیرا شهید ثانی قدس سره – در مسالک(۱) ادعای اجماع فرموده هبه ای که مفید ملک است نیاز به ایجاب و قبول لفظی دارد و اگر بدون صیغه هدیه ای داده شود مفید إباحه است؛ نه ملکیت و در نتیجه تصرّفات متوقف بر ملک جایز نیست و تصرّفات غیر متوقّف بر ملک جایز است.

ولی شیخ قدس سره – از این کلام رفع ید کرده و می فرمایند: حق آن است که هبه هم مثل بقیه ی عقود بوده و اجماع خاصی در مورد نیاز هبه به صیغه ی لفظی نیست. بنابراین محقق کرکی می تواند از این فتوای مشهور برای صحت هبه ی معاطاتی استفاده فرماید.

۱- مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام، ج ۶، ص۱۰: و ظاهر الأصحاب الاتّفاق علی افتقار الهبه مطلقا إلی العقد القولیّ فی الجمله، فعلی هذا ما یقع بین الناس علی وجه الهدیّه من غیر لفظ یدلّ علی إیجابها و قبولها لا یفید الملک بل مجرّد الإباحه، حتی لو کانت جاریه لم یحلّ له الاستمتاع بها، لأنّ الإِباحه لا تدخل فی الاستمتاع.

تنبیه ششم: (مُلزِمات معاطات)

تنبیه ششم(۱) به این امر اختصاص دارد که مُلزِمات معاطات چیست؟ یعنی چگونه یک معاطات لازم می شود؟ این بحث طبق مبنای کسانی است که قائلند معاطات مفید إباحه است یا مفید ملک متزلزل و قابل رجوع است و لذا بحث می شود در چه صورت لازم و غیر قابل رجوع می شود. امّا بنابر مبنای مختار که بیع معاطاتی با بیع بالصیغه تفاوتی ندارد و با معاطات بیع لازم محقق می شود احتیاجی به بحث از مُلزمات معاطات ندارد و لذا از ورود در آن صرف نظر می کنیم.

۱- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص۹۶: الأمر السادس فی ملزمات المعاطاه علی کلٍّ من القول بالملک و القول بالإباحه. اعلم: أنّ الأصل علی القول بالملک اللزوم؛ لما عرفت من الوجوه الثمانیه المتقدّمه، و أمّا علی القول بالإباحه فالأصل عدم اللزوم؛ لقاعده تسلّط الناس علی أموالهم، و أصاله سلطنه المالک الثابته قبل المعاطاه، و هی حاکمه علی أصاله بقاء الإباحه الثابته قبل رجوع المالک لو سلّم جریانها.

تنبیه هفتم: (جریان خیارات مختص به بیع در بیع معاطاتی)

تنبیه هفتم نیز به این امر اختصاص دارد که آیا خیارات مختص به بیع، مثل خیار مجلس، خیار حیوان، خیار تأخیر و ... در بیع معاطاتی نیز جاری است یا خیر؟ باز روشن است طبق مبنای ما که بیع معاطاتی مثل بیع بالصیغه و یکی از مصادیق بیع است، مشمول روایات خیار بیع مثل «صاحب الحیوان بالخیار»، «البیعان بالخیار ما لم یفترقا» و ... می شود. بنابراین جایگاه این بحث نیز بنابر مبنای ملک متزلزل یا إباحه می باشد که از ورود در آن صرف نظر می کنیم.

تنبیه هشتم: (تحقق معاطات با صیغه ی غیر جامع جمیع شرائط)

تنبیه هشـتم راجع به این امر است که اگر متبایعین صـیغه ی غیر جامع جمیع شرائط (صیغه ی ناقص) خواندند آیا مانند معاطات اثر بر آن مترتب می شود یا خیر؟ سه احتمال وجود دارد:

احتمال اوّل: صیغه ی غیر جامع جمیع شرائط کار معاطات را انجام داده و اثر بر آن مترتب می شود.

احتمال دوم: صیغه ی ناقص کار معاطات را انجام نمی دهد؛ چون در مورد معاطات اجماع وجود دارد که اثر بر آن مترتب می شود، ولی در مورد صیغه ی ناقص چنین اجماعی وجود ندارد.

احتمال سوم: اگر به این الفاظ ناقص اکتفا شود بیع فاسـد است، ولی اگر بعد از آن قبض و اقباض رخ داد حکم به صـحت آن می شود.

از مـا ذکرنـا سابقـاً حکم این مسأله نیز روشن می شود و آن این که اگر با این الفاظی که إنشاء بیع شـده هر چنـد مثلاً عربیت، مـاضویّت یا بعض شـرائط دیگر را نـدارد احراز کردیم عرفاً بیع محقق شـده است می گوییم این شـرعاً بیع است؛ زیرا عمومات آن چه را که عرفاً بیع بر آن صدق کند را امضاء کرده است. ولی اگر احراز نکردیم عرفاً بیع بر آن صادق است شـرعاً نیز نمی توانیم حکم به صحت آن کنیم و اثری بر آن مترتب نمی شود.

امّـا در مورد احتمـال سوم که گفتنـد «اگر قبض و اقبـاض بر آن صـیغه مترتب کننـد بیع صـحیح است» این دو حالت می تواند داشته باشد.

حـالت اوّل این که طرفین به عنوان وفاء به آن چه با لفظ إنشاء شـده قبض و اقباض می کننـد؛ نه به عنوان إنشاء بیع، می گوییم از آن جا که فرض آن است بیع با

آن الفاظ محقق نشده یا شک داریم محقق شده باشد، این قبض و إقباض نمی تواند مصحح بیع باشد؛ زیرا به قصد إنشاء انجام نمی دهند، بلکه به عنوان وفاء به عقد انجام می دهند.

حالت دوم این که با قبض و اقباض قصد إنشاء می کنند که در این صورت معلوم است که بیع محقق می شود. نظیر این که در نکاح بعد از خواندن صیغه شک می کنند آیا آن صیغه کافی بود یا نه، دوباره با لفظ دیگری می خوانند که اگر صیغه ی قبلی باطل بود، صیغه ی بعدی محقق نکاح شود. پس امر ثامن هم بیش از این احتیاج به بحث ندارد.

در مورد این که آیا شارع الفاظ خاصی را در بیع قرار داده و شروطی را معتبر دانسته یا نه إن شاء الله در آینده صحبت خواهیم کرد، و علی الاجمال می گوییم شروط خاصی قرار نداده است.

و آخرین مطلب این که فرضاً اگر کسی قائل شد در صحت و لزوم بیع، صیغه شرط است و معاطات بیش از إباحه یا ملک متزلزل نمی آورد، می گوییم این مربوط به جایی است که فرد قادر به إنشاء بیع با صیغه باشد، امّا اگر قادر نباشد صیغه شرط صحت و لزوم برای وی نیست؛ چون دلیل لزوم صیغه فقط اجماع است که به قدر متیقن آن أخذ می شود و فرد قادر از تحت عمومات خارج می شود، امّا غیر قادر تحت عمومات باقی می ماند، هر چند بتواند وکیل بگیرد.

از این جا معلوم می شود معاطات أخرس بیع لازم است و اجماع شامل وی نمی شود. حتی در نکاح و طلاق هم اشاره ی أخرس کفایت می کند. البته در مورد طلاق نص وجود دارد اگر أخرسی که کتابت بلد نیست و می خواهد زنش را طلاق دهد آیا لازم است ولیّ او زن را طلاق دهد، حضرت در پاسخ می فرمایند:

خیر، با إشاره طلاق دهد.(۱)

بحثی هم در این جا وجود دارد که أخرس اگر قدرت بر کتابت داشت کتابت مقدم است یا اشاره که فعلاً وارد آن نمی شویم. به هر حال از این روایتی که در مورد طلاق أخرس وارد شده می توانیم به نحو فحوی و اولویت استفاده کنیم که بیع أخرس نیز صحیح است؛ چون هیچ عقد یا انشائی به اندازه ی طلاق در روایات تضییق نشده است. و اگر کسی در این اولویت شک کرد بیان قبلی کافی است؛ چه رسد به اصل مطلب که گفتیم اصلاً در مثل بیع لفظ شرط نیست.(۲)

و الحمد لله ربّ العالمین

۱- وسائل الشیعه، ج ۲۲، کتاب الطلاق، ابواب مقدماته و شرائطه، باب ۱۹، ح ۱، ص۴۷: مُحَمَّدُ بْنُ عَلِیِّ بْنِ الْحُسَیْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِی نَصْرٍ الْبَزَنْطِیِ أَنَّهُ سَأَلَ أَبَا الْحَسَنِ الرِّضَا علیه السلام - عَنِ الرَّجُلِ تَکُونُ عِنْدَهُ الْمَرْأَةُ یَصْمُتُ وَ لَا یَتَکَلَّمُ قَالَ أَخْرَسُ هُوَ؟ قُلْتُ نَعَمْ وَ یُعْلَمُ مِنْهُ بُغْضٌ لِامْرَأَتِهِ وَ کَرَاهَةٌ لَهَا أَ یَجُوزُ أَنْ یُطَلِّقَ عَنْهُ وَلِیُّهُ؟ قَالَ لَا وَ لَکِنْ یَکْتُبُ وَ یُشْهِدُ عَلَی ذَلِکَ قُلْتُ أَصْلَحَکَ اللَّهُ فَإِنَّهُ لَا یَکْتُبُ وَ لَا یَسْمَعُ کَیْفَ یُطَلِّقُهَا قَالَ بِالَّذِی یُعْرَفُ بِهِ مِنْ أَفْعَالِهِ مِثْلِ مَا ذَکَرْتَ مِنْ کَرَاهَتِهِ وَ بُغْضِهِ لَهَا. وَ رَوَاهُ الشَّیْخُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عِیسَی عَنْ عَلِیِّ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ أَشْیَمَ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِی نَصْرٍ مِثْلَهُ. مُحَمَّدُ بْنُ یَعْقُوبَ عَنْ عَلِیِّ بْنِ إِبْرَاهِیمَ عَنْ أَبِیهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِی نَصْرٍ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا الْحَسَنِ الرِّضَا علیه السلام -وَ ذَکَرَ مِثْلَه.

۲- تا این جا مطالب جلد اوّل به پایان رسید و بحث بعدی در خصوص الفاظ عقد بیع خواهد بود إن شاء الله.

ص: ۷۵۱

کتاب نامه

کتاب نامه(۱)

(۱) قرآن کریم.

(۲) الإحتجاج علی أهل اللجاج، طبرسی، احمد بن علی، محقّق/ مصحّح: محمد باقر خرسان، ۲ جلد، ناشر: نشر مرتضی، چاپ اوّل، ۱۴۰۳ ه.ق، مشهد ایران.

(۳) الإختصاص، شیخ مفید، محمد بن محمد، محقّق/ مصحّح: علی اکبر غفاری و محمود محرمی زرندی، یک جلد، ناشر: الموتمر العالمی لالفیه الشیخ المفید، قم ایران.

(۴) إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، تبریزی، جواد بن علی، ۴ جلد، ناشر: مؤسسه ی اسماعیلیان، چاپ سوم، ۱۴۱۶ ه.ق، قم ایران.

(۵) الاستبصار فیما اختلف من الأخبار، شیخ طوسی، ابو جعفر محمّد بن حسن، محقّق/ مصحّح: حسن الموسوی خرسان، ۴ جلد، ناشر: دار الکتب الاسلامیه، چاپ اوّل، ۱۳۹۰ ه.ق، تهران ایران.

۱- در استناد به اکثر کتاب های مورد استفاده، از متون موجود در «مجموعه نرم افزارهای مؤسسه ی تحقیقات کامپیوتری نور»، «معجم فقهی اهل البیت- علیهم السلام - حضرت آیت الله گلپایگانی قدس سره -» و دیگر نرم افزارهای مشهور استفاده شده است، لذا احتمال اشتباه جزئی در نقل مطالب وجود دارد.

(۶) الاصول علی نهج الحدیث، محقّق اصفهانی، محمد حسین، ناشر: دفتر انتشارات اسلامی (وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم)، چاپ دوم، ۱۴۱۶ ه.ق، قم ایران. (ملاحظات: این کتاب در ضمن بحوث فی الاصول به چاپ رسیده است.)

(۷) اعراب القرآن (نحاس)، نحاس، ابوجعفر احمد بن محمد، ۵ جلد، ناشر: منشورات محمدعلی بیضون، دار الکتب العلمیه، چاپ اوّل، ۱۴۲۱ ه.ق، بیروت لبنان.

(۸) الامالی، شیخ طوسی، ابو جعفر محمّد بن حسن، محقّق/ مصحّح: بخش تحقیقات اسلامی مؤسسه ی بعثت، ناشر: دار الثقافه، چاپ اوّل، ۱۴۱۴ ه.ق، قم ایران.

(۹) أمالی المرتضی (غرر الفوائد و درر القلائد)، علم الهدی، علی بن حسین، محقّق/ مصحّح: محمد ابوالفضل ابراهیم، ۲ جلد، ناشر: دار الفکر العربی، چاپ اوّل، ۱۹۹۸ م، قاهره مصر.

(۱۰) أنوار الفقاهه (کتاب البیع)، کاشف الغطاء، حسن بن جعفر بن خضر نجفی، یک جلد، ناشر: مؤسسه ی کاشف الغطاء، چاپ اوّل، ۱۴۲۲ ه.ق، نجف اشرف عراق.

(۱۱) إیضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، فخر المحققین، محمد بن حسن بن یوسف حلی، ۴ جلد، ناشر: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ اوّل، ۱۳۸۷ ه.ق، قم ایران.

(۱۲) أساس البلاغه، الزمخشری، أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، تحقیق: محمد باسل عیون السود، ۲ جلد، ناشر: دار الکتب العلمیه، چاپ اوّل، ۱۴۱۹ ه.ق، بیروت لبنان.

(۱۳) البحر الرائق شرح کنز الدقائق، ابن نجیم المصری، زین الدین بن إبراهیم بن محمد، ۸ جلد، ناشر: دار الکتاب الإسلامی، چاپ دوم، بیروت لبنان.

(۱۴) بحوث فی علم الأصول (تقریرات شاهرودی)، شهید صدر، سید محمد باقر، مقرّر: محمود حسینی شاهرودی، ۷ جلد، ناشر: موسسه ی دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت- علیهم السلام -، چاپ سوم، ۱۴۱۷ ه.ق، قم ایران.

(۱۵) البرهان فی تفسیر القرآن، بحرانی، سید هاشم، تحقیق: قسم الدراسات الاسلامیه مؤسسه البعثه- قم، ناشر: بنیاد بعثت، چاپ اول، ۱۴۱۶ ه.ق، تهران ایران.

(۱۶) بلغه الطالب فی التعلیق علی بیع المکاسب، گلپایگانی، سید محمد رضا موسوی، مقرر: سید علی حسینی میلانی، یک جلد، ناشر: چاپخانه خیام، چاپ اوّل، ۱۳۹۹ ه.ق، قم ایران.

(۱۷) بلغه الفقیه، بحرّ العلوم، محمد بن محمد تقی، ۴ جلد، ناشر: منشورات مکتبه الصادق، چاپ چهارم، ۱۴۰۳ ه.ق، تهران ایران.

(۱۸) تاج العروس من جواهر القاموس، حسینی زبیدی، سیّد محمّد مرتضی، محقّق/ مصحّح: علی شیری، ۲۰ جلد، ناشر: دار الفکر للطباعه و النشر و التوزیع، چاپ اوّل، ۱۴۱۴ ه.ق، بیروت لبنان.

(۱۹) التبیان فی تفسیر القرآن، شیخ طوسی، محمد بن حسن، تحقیق: احمد قصیر عاملی، ۱۰ جلد، ناشر: دار احیاء التراث العربی، بیروت لبنان.

(۲۰) التبیان فی اعراب القرآن، عکبری، عبدالله بن حسین، یک جلد، ناشر: بیت الافکار الدولیه، چاپ اوّل، عمان ریاض.

(۲۱) تحریر الأحکام الشرعیه علی مذهب الإمامیه (ط- الحدیثه)، علامه حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، محقّق/ مصحّح: ابراهیم البهادری، ۶ جلد، ناشر: مؤسسه امام صادق علیه السلام -، چاپ اوّل، ۱۴۲۰ ه.ق، قم ایران.

(۲۲) تحریر الوسیله، امام خمینی، سید روح اللّه موسوی، ۲ جلد، ناشر: مؤسسه ی مطبوعات دار العلم، چاپ اوّل، قم ایران.

(۲۳) تحف العقول، ابن شعبه حرّانی، حسن بن علی، محقّق/ مصحّح: علی اکبر غفاری، ناشر: دفتر انتشارات اسلامی (وابسته به جامعه ی مدرسین حوزه ی علمیه ی قم)، چاپ دوم، ۱۴۰۴ ه.ق، قم ایران.

(۲۴) التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، مصطفوی، حسن، ۱۴ جلد، ناشر: بنگاه ترجمه و نشر کتاب، ۱۳۶۰ ه.ش، تهران ایران.

(۲۵) تذکره الفقهاء (ط- الحدیثه)، علامه حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، محقّق/ مصحّح: گروه پژوهش مؤسسه آل البیت- علیهم السلام -، ۱۴ جلد، ناشر: مؤسسه آل البیت- علیهم السلام -، چاپ اول، ۱۴۱۴ ه.ق، قم ایران.

(۲۶) تشریح الأصول، نهاوندی نجفی، علی بن فتح الله، یک جلد، ناشر: میرزا محمدعلی تاجر طهرانی، چاپ اوّل، ۱۳۲۰ ه.ق، تهران ایران.

(۲۷) تفسیر جوامع الجامع، طبرسی، فضل بن حسن، ناشر: انتشارات دانشگاه تهران و مدیریت حوزه علمیه قم، چاپ اوّل، ۱۳۷۷ ه.ش، تهران ایران.

(۲۸) تفسیر الصافی، فیض کاشانی، ملا محسن، تحقیق: حسین اعلمی، ناشر: انتشارات الصدر، چاپ دوم، ۱۴۱۵ ه.ق، تهران ایران.

(۲۹) تفسیر القمی، علی بن ابراهیم قمی، تحقیق: سیّد طیب موسوی جزائری، ۲ جلد، ناشر: دار الکتاب، چاپ چهارم، ۱۳۶۷ ه.ش، قم ایران.

(۳۰) تفسیر القرآن الحکیم (تفسیر المنار)، محمد رشید بن علی رضا بن محمد شمس الدین بن محمد بهاء الدین بن منلا علی خلیفه القلمونی الحسینی، ۱۲ جلد، ناشر: الهیئه المصریه العامه للکتاب، چاپ دوم، ۱۹۹۰م.

(۳۱) التنقیح الرائع لمختصر الشرائع، حلّی، مقداد بن عبد اللّه سیوری، محقّق/ مصحّح: سید عبد اللطیف حسینی کوه کمری، ۴ جلد، ناشر: انتشارات کتابخانه ی آیه الله مرعشی نجفی، چاپ اوّل، ۱۴۰۴ ه.ق، قم ایران.

(۳۲) التنقیح فی شرح العروه الوثقی، خویی، سید ابو القاسم موسوی، مقرّر: میرزا علی غروی، ۶ جلد، چاپ اوّل، ۱۴۱۸ ه.ق، قم ایران.

(۳۳) التنقیح فی شرح المکاسب (مکاسب البیع)، خویی، سید ابوالقاسم موسوی، ۲ جلد، ناشر: مؤسسه احیاء آثار امام خویی، چاپ چهارم، ۱۳۸۸ ه.ش، قم ایران.

(۳۴) تهذیب الأحکام، شیخ طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، محقّق/ مصحّح: حسن الموسوی خرسان، ۱۰ جلد، ناشر: دار الکتب الإسلامیه، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ ه.ق، تهران ایران.

(۳۵) تهذیب اللغه، ازهری، محمد بن احمد، ۱۵ جلد، ناشر: دار احیاء التراث العربی، چاپ اوّل، بیروت لبنان.

(۳۶) الجامع لأحکام القرآن، القطربی، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبی بکر بن فرح الأنصاری الخزرجی، محقّق: هشام سمیر البخاری، ناشر: دار عالم الکتب، چاپ اوّل، ۱۴۲۳ ه.ق، ریاض عربستان.

(۳۷) جامع المقاصد فی شرح القواعد، محقّق ثانی، علی بن حسین عاملی کرکی، محقّق/ مصحّح: مؤسسه ی آل البیت- علیهم السلام -، ۱۳ جلد، ناشر: مؤسسه ی آل البیت- علیهم السلام -، چاپ دوم، ۱۴۱۴ ه.ق، قم ایران.

(۳۸) الجدول فی اعراب القرآن، صافی، محمود بن عبد الرحیم، ۳۱ جلد، ناشر: دار الرشید مؤسسه الإیمان، چاپ چهارم، ۱۴۱۸ ه.ق، دمشق بیروت.

(۳۹) جواهر الفقه (الجواهر فی الفقه- العقائد الجعفریه)، قاضی ابن براج، عبد العزیز محمد بن حسن، محقق/ مصحح: ابراهیم بهادری، یک جلد، ناشر: دفتر انتشارات اسلامی (وابسته به جامعه ی مدرسین حوزه ی علمیه ی قم)، چاپ اوّل، ۱۴۱۱ ه.ق، قم ایران.

(۴۰) جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، نجفی، محمّد حسن، محقّق/ مصحّح: عباس قوچانی و علی آخوندی، ۴۳ جلد، ناشر: دار احیاء التراث العربی، چاپ هفتم، ۱۴۰۴ ه.ق، بیروت لبنان.

(۴۱) الجوهر النضید، العلامه الحلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تصحیح: محسن بیدارفر، یک جلد، ناشر: انتشارات بیدار، چاپ پنجم، ۱۳۷۱ ه.ش، قم ایران.

(۴۲) الحاشیه الثانیه علی المکاسب، خوانساری، محمد امامی، یک جلد، چاپ اوّل. (ملاحظات: این کتاب همراه با الحاشیه الاولی علی المکاسب در یک جلد چاپ شده است.)

(۴۳) الحاشیه علی الهیات الشفاء، صدر المتألهین، یک جلد، ناشر: انتشارات بیدار، قم ایران.

(۴۴) حاشیه کتاب المکاسب (ط- الحدیثه)، محقّق اصفهانی، محمد حسین کمپانی، محقّق/ مصحّح: عباس محمد آل سباع قطیفی، ۵ جلد، ناشر: أنوار الهدی، چاپ اوّل، ۱۴۱۸ ه.ق، قم ایران.

(۴۵) حاشیه کتاب المکاسب، همدانی، آقا رضا بن محمد هادی، یک جلد، محقّق/ مصحّح: محمد رضا انصاری قمّی، ناشر: جناب مؤلف، چاپ اوّل، ۱۴۲۰ ه.ق، قم ایران.

(۴۶) حاشیه الکفایه، علامه طباطبایی، سید محمدحسین، ۲ جلد، ناشر: بنیاد علمی و فکری علامه طباطبایی قدس سره -، چاپ اوّل، قم ایران.

(۴۷) حاشیه مجمع الفائده و البرهان، بهبهانی، محمد باقر بن محمد اکمل، محقّق/ مصحّح: گروه پژوهش مؤسسه علامه مجدّد وحید بهبهانی - رحمه الله علیه - ، یک جلد، ناشر: مؤسسه العلامه المجدّد الوحید البهبهانی، چاپ اوّل، ۱۴۱۷ ه.ق، قم ایران.

(۴۸) حاشیه المکاسب، آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، محقّق/ مصحّح: سید مهدی شمس الدین، یک جلد، ناشر: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ اوّل، ۱۴۰۶ ه.ق، تهران ایران.

(۴۹) حاشیه المکاسب، ایروانی، علی بن عبد الحسین نجفی، ۲ جلد، ناشر: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ اوّل، ۱۴۰۶ ه.ق، تهران ایران.

(۵۰) حاشیه المکاسب، یزدی، سید محمد کاظم طباطبایی، ۲ جلد، ناشر: مؤسسه ی اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۲۱ ه.ق، قم ایران.

(۵۱) حاشیه الصبان علی شرح الأشمونی لألفیه ابن مالک، أبو العرفان محمد بن علی الصبان الشافعی، ۳ جلد، ناشر: دار الکتب العلمیه، چاپ اوّل، ۱۴۱۷ ه.ق ۱۹۹۷م، بیروت لبنان.

(۵۲) الحدائق الناضره فی أحکام العتره الطاهره، آل عصفور بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، محقّق/ مصحّح: محمد تقی ایروانی و سید عبد الرزاق مقرم، ۲۵ جلد، ناشر: دفتر انتشارات اسلامی (وابسته به جامعه ی مدرسین حوزه ی علمیه ی قم)، چاپ اوّل، ۱۴۰۵ ه.ق، قم ایران.

(۵۳) الحکمه المتعالیه فی الاسفار العقلیه الاربعه، صدر المتألهین شیرازی، محمد، ۹ جلد، ناشر: دار احیاء التراث، چاپ سوم، ۱۹۸۱ م، بیروت لبنان.

(۵۴) الخلاف، شیخ طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، محقّق/ مصحّح: علی خراسانی؛ سید جواد شهرستانی؛ مهدی طه نجف و مجتبی عراقی، ۶ جلد، ناشر: دفتر انتشارات اسلامی (وابسته به جامعه ی مدرسین حوزه ی علمیه ی قم)، چاپ اوّل، ۱۴۰۷ ه.ق، قم ایران.

(۵۵) الدره الفاخره، عبد الرحمن الجامی، به اهتمام: نیکولاهیر و علی موسوی بهبهانی، یک جلد، ناشر: مؤسسه مطالعات اسلامی، ۱۳۵۸ ه.ش، تهران ایران.

(۵۶) الدروس الشرعیه فی فقه الإمامیه، شهید اوّل، محمد بن مکّی عاملی، ۳ جلد، ناشر: دفتر انتشارات اسلامی (وابسته به جامعه ی مدرسین حوزه ی علمیه ی قم)، چاپ دوم، ۱۴۱۷ ه.ق، قم ایران.

(۵۷) دعائم الإسلام و ذکر الحلال و الحرام و القضایا و الأحکام، ابن حیون، نعمان بن محمد مغربی، محقّق/ مصحّح: آصف فیضی، ۲ جلد، ناشر: مؤسسه ی آل البیت- علیهم السلام -، چاپ دوم، ۱۳۸۵ ه.ق، قم ایران.

(۵۸) دلائل الصدق، مظفر، محمد حسین، ۶ جلد، ناشر: مؤسسه آل البیت- علیهم السلام -، چاپ اوّل، ۱۴۲۲ ه.ق، قم ایران.

(۵۹) رجال ابن داود، حلّی، حسن بن علی بن داود، یک جلد، ناشر: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۳ ه.ق، تهران ایران.

(۶۰) رجال الشیخ الطوسی (الأبواب)، شیخ طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، محقّق/ مصحّح: جواد قیومی اصفهانی، یک جلد، ناشر: دفتر انتشارات اسلامی (وابسته به جامعه ی مدرسین حوزه ی علمیه ی قم)، چاپ سوم، ۱۴۲۷ ه.ق، قم ایران.

(۶۱) رجال النجاشی (فهرست اسماء مصنفی الشیعه)، نجاشی، ابو الحسن احمد بن علی، محقّق/ مصحّح: سیّد موسی شبیری زنجانی، ناشر: دفتر انتشارات اسلامی (وابسته به جامعه ی مدرّسین حوزه ی علمیه ی قم)، ۱۴۰۷ ه.ق، قم ایران.

(۶۲) رسائل ابن سینا، شیخ الرئیس ابن سینا، ابوعلی حسین بن عبدالله بن سینا، یک جلد، ناشر: انتشارات بیدار، ۱۴۰۰ ه.ق، قم ایران.

(۶۳) الرسائل التسع، محقق حلّی، نجم الدین جعفر بن حسن، محقّق/ مصحّح: رضا استادی، یک جلد، ناشر: انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی - رحمه الله علیه - ، چاپ اوّل، ۱۴۱۳ ه.ق، قم ایران.

(۶۴) رسائل الشریف المرتضی، شریف مرتضی، علی بن حسین موسوی، ۴ جلد، ناشر: دار القرآن الکریم، چاپ اوّل، ۱۴۰۵ ه.ق، قم ایران.

(۶۵) رسائل الشجره الالهیه فی علوم الحقایق الربانیه، شمس الدین الشهرزوری، محمد بن محمود، تصحیح و تحقیق: دکتر نجفقلی حبیبی، ۳ جلد، ناشر: مؤسسه ی حکمت و فلسفه ایران، چاپ اوّل، ۱۳۸۳ ه.ش، تهران ایران.

(۶۶) رسائل میرزای قمی (گیلانی)، ابو القاسم بن محمد حسن، ۲ جلد، ناشر: دفتر تبلیغات اسلامی خراسان، چاپ اوّل، ۱۴۲۷ ه.ق، قم ایران.

(۶۷) رسائل و مسائل، نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، ۳ جلد، ناشر: کنگره نراقیین ملا مهدی و ملا احمد، چاپ اوّل، ۱۴۲۲ ه.ق، قم ایران.

(۶۸) رساله فی تحقیق الحق و الحکم، محقّق اصفهانی، محمد حسین کمپانی، یک جلد، ناشر: أنوار الهدی، چاپ اوّل، ۱۴۱۸ ه.ق، قم ایران. (ملاحظات: این رساله در ضمن «حاشیه کتاب المکاسب، ط- الحدیثه» چاپ شده است.)

(۶۹) الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه (المحشی کلانتر)، شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی، شارح: سید محمد کلانتر، ۱۰ جلد، ناشر: کتابفروشی داوری، چاپ اوّل، ۱۴۱۰ ه.ق، قم ایران.

(۷۰) روح المعانی فی تفسیر القرآن العظیم و السبع المثانی، الألوسی، شهاب الدین محمود بن عبد الله الحسینی، المحقق: علی عبد الباری عطیه، ۱۶ جلد، ناشر: دار الکتب العلمیه، چاپ اوّل، ۱۴۱۵ ه.ق ، بیروت لبنان.

(۷۱) ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالدلائل (ط- الحدیثه)، حائری، سید علی بن محمد طباطبایی، محقّق/ مصحّح: محمد بهره مند؛ محسن قدیری؛ کریم انصاری و علی مروارید، ۱۶ جلد، ناشر: مؤسسه ی آل البیت- علیهم السلام -، چاپ اوّل، ۱۴۱۸ ه.ق، قم ایران.

(۷۲) زبده الأحکام، امام خمینی، سید روح الله موسوی، یک جلد، ناشر: سازمان تبلیغات اسلامی، ۱۴۰۴ ه.ق، چاپ اوّل، تهران ایران.

(۷۳) زبده البیان فی أحکام القرآن، مقدّس اردبیلی، احمد بن محمد، محقّق/ مصحّح: محمد باقر بهبودی، یک جلد، ناشر: المکتبه الجعفریه لإحیاء الآثار الجعفریه، چاپ اوّل، تهران ایران.

(۷۴) الزهد، کوفی اهوازی، حسین بن سعید، محقق/ مصحح: غلامرضا عرفانیان یزدی، یک جلد، ناشر: المطبعه العلمیه، چاپ دوم، ۱۴۰۲ ه.ق، قم ایران.

(۷۵) السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ابن ادریس حلّی، محمد بن منصور بن احمد، ۳ جلد، ناشر: دفتر انتشارات اسلامی (وابسته به جامعه ی مدرسین حوزه ی علمیه ی قم)، چاپ دوم، ۱۴۱۰ ه.ق، قم ایران.

(۷۶) شرح حکمه الاشراق (الشهرزوری)، شمس الدین الشهرزوری، محمد بن محمود، مقدمه و تحقیق: حسین ضیائی تربتی، یک جلد، ناشر: مؤسسه ی مطالعات و تحقیقات فرهنگی، چاپ اوّل، ۱۳۷۲ ه.ش، تهران ایران.

(۷۷) شرح الشیخ جعفر علی قواعد العلامه ابن المطهر، کاشف الغطاء، جعفر بن خضر مالکی نجفی، یک جلد، ناشر: مؤسسه ی کاشف الغطاء، ۱۴۲۰ ه.ق، نجف اشرف عراق.

(۷۸) شرح الکافی (الأصول و الروضه)، ملا صالح مازندرانی، محمد صالح بن احمد، محقّق/ مصحّح: ابوالحسن شعرانی، ۱۲ جلد، ناشر: المکتبه الإسلامیه، چاپ اوّل، ۱۳۸۲ ه.ق، تهران ایران.

(۷۹) شرح المصطلحات الفلسفیه، مجمع البحوث الاسلامیه، یک جلد، ناشر: مجمع البحوث الاسلامیه، چاپ اوّل، ۱۴۱۴ ه.ق، مشهد ایران.

(۸۰) شرح المنظومه، حکیم سبزواری، ملا هادی، تصحیح و تعلیق: آیت الله حسن زاده آملی، تحقیق و تقدیم: مسعود طالبی، ۵ جلد، ناشر: نشر ناب، چاپ اوّل، ۱۳۶۹ ه.ش، تهران ایران.

(۸۱) شرح الهدایه الاثیریه، صدر المتالهین، محمد، یک جلد، مصحّح: محمد مصطفی فولادکار، ناشر: موسسه التاریخ العربی، چاپ اوّل، ۱۴۲۲ ه.ق، بیروت لبنان.

(۸۲) الشفاء (المنطق)، شیخ الرئیس ابن سینا، ابوعلی حسین بن عبدالله بن سینا، ۴ جلد، تحقیق: سعید زاید و ...، ناشر: مکتبه آیه الله المرعشی، ۱۴۰۴ ه.ق، قم ایران.

(۸۳) شوارق الإلهام فی شرح تجرید الکلام، فیاض لاهیجی، عبد الرزاق بن علی بن الحسین، ۲ جلد، ناشر: انتشارات مهدوی، اصفهان ایران.

(۸۴) الصحاح تاج اللغه و صحاح العربیه، جوهری، اسماعیل بن حماد، ۶ جلد، ناشر: دار العلم للملابین، چاپ اوّل، ۱۴۱۰ ه.ق، بیروت لبنان.

(۸۵) العروه الوثقی فیما تعم به البلوی (المحشی)، یزدی، سید محمد کاظم طباطبایی، محقّق/ مصحّح: احمد محسنی سبزواری، ۵ جلد، ناشر: دفتر انتشارات اسلامی (وابسته به جامعه ی مدرسین حوزه ی علمیه ی قم)، چاپ اوّل، ۱۴۱۹ ه.ق، قم ایران.

(۸۶) العروه الوثقی، یزدی، سید محمد کاظم طباطبایی، ۲ جلد، ناشر: مؤسسه الأعلمی للمطبوعات، چاپ دوم، ۱۴۰۹ ه.ق، بیروت لبنان.

(۸۷) عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام، نراقی، احمد بن محمد مهدی، یک جلد، ناشر: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه ی علمیه ی قم، چاپ اوّل، ۱۳۷۵ ه.ش، قم ایران.

(۸۸) عوالی اللئالی العزیزیه فی الأحادیث الدینیه، ابن أبی جمهور، محمد بن زین الدین، محقّق/ مصحّح: مجتبی عراقی، ۴ جلد، ناشر: دار سید الشهداء علیه السلام - للنشر، چاپ اوّل، ۱۴۰۵ ه.ق، قم ایران.

(۸۹) العین، فراهیدی، خلیل بن احمد، محقّق/ مصحّح: مهدی مخزومی و ابراهیم سامرّایی، ۸ جلد، ناشر: نشر هجرت، چاپ دوم، ۱۴۱۰ ه.ق، قم ایران.

(۹۰) عیون اخبار الرضا علیه السلام -، شیخ صدوق، محمّد بن علی ابن بابویه قمی، محقّق/ مصحّح: مهدی لاجوردی، ۲ جلد، نشر جهان، چاپ اوّل، ۱۳۷۸ ه.ق، تهران ایران.

(۹۱) غایه الآمال فی شرح کتاب المکاسب، مامقانی، محمد حسن بن الملا عبد الله، ۳ جلد، ناشر: مجمع الذخائر الإسلامیه، چاپ اوّل، ۱۳۱۶ ه.ق، قم ایران.

(۹۲) غنیه النزوع إلی علمی الأصول و الفروع، ابن زهره، حمزه بن علی حسینی حلبی، یک جلد، ناشر: مؤسسه امام صادق علیه السلام -، چاپ اوّل، ۱۴۱۷ ه.ق، قم ایران.

(۹۳) فرائد الأصول، شیخ انصاری، مرتضی بن محمدامین، ۴ جلد، ناشر: مجمع الفکر الاسلامی، چاپ نهم، ۱۴۲۸ ه.ق، قم ایران.

(۹۴) فقه الإمامیه، قسم الخیارات، گیلانی، نجفی، میرزا حبیب الله رشتی، مقرر: سید محمد کاظم خلخالی، یک جلد، ناشر: کتابفروشی داوری، چاپ اوّل، ۱۴۰۷ ه.ق، قم ایران.

(۹۵) فقه الشیعه (کتاب الطهاره)، خویی، سید ابو القاسم موسوی، مقرّر: سید محمد مهدی موسوی خلخالی، ۶ جلد، ناشر: مؤسسه آفاق، چاپ سوم، ۱۴۱۸ ه.ق، قم ایران.

(۹۶) فقه القرآن فی شرح آیات الأحکام ، راوندی، قطب الدین، سعید بن عبدالله، محقق/ مصحح: سید احمد حسینی، ۲ جلد، ناشر: انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی - رحمه الله علیه - ، چاپ دوم، ۱۴۰۵ ه.ق، قم ایران.

(۹۷) فلسفه ی اخلاق، مدرّسی طباطبایی یزدی، سید محمد رضا، یک جلد، ناشر: انتشارات سروش، چاپ سوم، ۱۳۸۸ ه.ش، تهران ایران.

(۹۸) القاموس المحیط، الفیروزآبادی، مجد الدین أبو طاهر محمد بن یعقوب، ۴ جلد، ناشر: دار الکتب العلمیه، چاپ اوّل، بیروت لبنان.

(۹۹) قرب الإسناد (ط- الحدیثه)، حمیری، عبد الله بن جعفر، یک جلد، محقّق/ مصحّح: مؤسسه ی آل البیت- علیهم السلام -، ناشر: مؤسسه ی آل البیت- علیهم السلام -، چاپ اوّل، ۱۴۱۳ ه.ق، قم ایران.

(۱۰۰) قواعـد الأحکـام فی معرفه الحلال و الحرام، علامه حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسـدی، ۳ جلد، ناشر: دفتر انتشارات اسلامی (وابسته به جامعه ی مدرسین حوزه ی علمیه ی قم)، چاپ اوّل، ۱۴۱۳ ه.ق، قم ایران.

(۱۰۱) القواعد و الفوائد، شهید اوّل، عاملی، محمد بن مکی، محقّق/ مصحّح: سید عبد الهادی حکیم، ۲ جلد، ناشر: کتابفروشی مفید، چاپ اوّل، قم ایران. (ملاحظات: این کتاب از روی نسخه ای که در نجف اشرف سال ۱۴۰۰ ه.ق به چاپ رسیده افست شده است.)

(۱۰۲) الکـافی (ط- الاسـلامیه)، کلینی، ابو جعفر محمّـد بن یعقوب، محقّق/ مصـحّح: علی اکبر غفـاری و محمـد آخونـدی، ۸ جلد، ناشر: دار الکتب الاسلامیه، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ ه.ق، تهران ایران.

(۱۰۳) الکافی (ط- دار الحـدیث)، کلینی، ابو جعفر محمـد بن یعقوب، ۱۵جلد، ناشـر: دار الحدیث، چاپ اوّل، ۱۴۲۹ ه.ق، قم ایران.

(۱۰۴) الکافی فی الفقه، حلبی، ابو الصـلاح، تقی الدین بن نجم الدین، محقّق/ مصـحّح: رضا استادی، یک جلد، ناشر کتابخانه عمومی امام امیر المؤمنین علیه السلام -، چاپ اوّل، ۱۴۰۳ ه.ق، اصفهان ایران.

(۱۰۵) کتـاب البیع، امام خمینی، سـید روح اللّه موسوی، ۵ جلد، ناشـر: مؤسـسه ی تنظیم و نشـر آثار امام خمینی قدس سره -، چاپ اوّل، ۱۴۲۱ ه.ق، تهران ایران.

(۱۰۶) کتاب البیع (تقریرات خرم آبادی)، امام خمینی، سید روح الله موسوی، یک جلد، مقرّر: سید حسن طاهری خرم آبادی، ناشر: مؤسسه ی تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره -، چاپ اوّل، ۱۴۱۸ ه.ق، قم ایران.

(۱۰۷) کتـاب المکـاسب المحرمه و البیع و الخیـارات (ط- الحـدیثه)، شـیخ انصاری، مرتضـی بن محمـد امین انصاری دزفولی، محقّق/ مصـحّح: گروه پژوهش در کنگره ی شیخ انصاری قدس سره -، ۶ جلد، ناشر: کنگره ی جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری قدس سره -، چاپ اوّل، ۱۴۱۵ ه.ق، قم ایران.

(۱۰۸) کتـاب المکـاسب المحرمه و البیع و الخیـارات (ط- القـدیمه)، شـیخ انصاری، مرتضـی بن محمـد امین انصاری دزفولی، محقّق/ مصحّح: محمد جواد رحمتی و سید احمد حسینی، ۳ جلد، ناشر: منشورات دار الذخائر، چاپ اوّل، ۱۴۱۱ ه.ق، قم ایران.

(۱۰۹) الکشـاف عن حقـائق غـوامض التنزیـل، الزمخشـری جـار الله، أبو القـاسم محمود بن عمرو بن أحمـد، ۴ جلد، ناشـر: دار الکتاب العربی، چاپ سوم، ۱۴۰۷ ه.ق، بیروت لبنان.

(۱۱۰) کشف الرموز فی شـرح مختصـر النـافع، فاضـل آبی، حسن بن ابی طالب یوسـفی، ۲ جلد، ناشـر: دفتر انتشارات اسـلامی (وابسته به جامعه ی مدرسین حوزه ی علمیه ی قم)، چاپ سوم، ۱۴۱۷ ه.ق، قم ایران.

(۱۱۱) کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام، اصـفهانی، فاضل هندی، محمد بن حسن، محقّق/ مصحّح: گروه پژوهش دفتر انتشارات اسلامی، ۱۱ جلد، ناشـر: دفتر انتشارات اسلامی (وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم)، چاپ اوّل، ۱۴۱۶ ه.ق، قم ایران.

(۱۱۲) کشف المراد فی شـرح تجرید الاعتقاد، علامه حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تصحیح و تحقیق: آیت الله حسن زاده آملی، یک جلد، ناشر: مؤسسه النشر الإسلامی، چاپ چهارم، ۱۴۱۳ ه.ق، قم ایران.

(۱۱۳) کشـکول (انیس المسافر و جلیس الخاطر)، صاحب حـدائق، یوسف بن احمد بحرانی، ۳ جلد، ناشر: دار و مکتبه الهلال، بیروت لبنان.

(۱۱۴) کفایه الأصول، آخونـد خراسانی، محمـد کاظم بن حسـین، یک جلد، ناشـر: مؤسـسه آل البیت– علیهم السـلام –، چاپ اوّل، ۱۴۰۹ ه.ق، قم ایران.

(۱۱۵) کمـال الـدین و تمـام النعمه، شـیخ صـدوق، محمـد بن علی بن بابویه، محقق/ مصـحح: علی اکبر غفاری، ۲ جلد، ناشر: اسلامیه، چاپ دوم، ۱۳۹۵ ه.ق، تهران ایران.

(۱۱۶) کنز الفوائد فی حل مشـکلات القواعد، عمیدی، سـید عمید الدین بن محمد اعرج حسـینی، محقّق/ مصحّح: محی الدین واعظی؛ کمال کاتب و جلال اسدی، ۳ جلد، ناشـر: دفتر انتشارات اسلامی (وابسته به جامعه ی مدرسین حوزه ی علمیه ی قم)، چاپ اوّل، ۱۴۱۶ ه.ق، قم ایران.

(۱۱۷) لسـان العرب، ابن منظور، ابو الفضل جمال الـدین محمّـد بن مکرم، محقّق/ مصـحّح: احمـد فارس صاحب الجوائب، ۱۵ جلد، ناشر: دار الفکر للطباعه و النشر و التوزیع دار صادر، چاپ سوم، ۱۴۱۴ ه.ق، بیروت لبنان.

(۱۱۸) المباحثات، شـیخ الرئیس ابن سـینا، ابوعلی حسین بن عبدالله بن سینا، توضیح مقدمه و تحقیق: محسن بیدارفر، یک جلد، ناشر: انتشارات بیدار، چاپ اوّل، ۱۳۷۱ ه.ش، قم ایران.

(۱۱۹) المباحث المشـرقیه فی علم الالهیات و الطبیعیات، فخر الدین الرازی، محمد بن عمر، ۲ جلد، ناشر: انتشارات بیدار، چاپ دوم، ۱۴۱۱ ه.ق، قم ایران.

(۱۲۰) المبسوط فی فقه الإمامیه، شیخ طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، محقّق/ مصحّح: سید محمد تقی کشفی، ۸ جلد، ناشر: المکتبه المرتضویه لإحیاء الآثار الجعفریه، چاپ سوم، ۱۳۸۷ ه.ق، تهران ایران.

(۱۲۱) مجمع البحرین، طریحی، فخر الـدین، محقّق/ مصـحّح: سـید احمد حسـینی، ۶ جلـد، ناشـر: مرتضوی، چاپ سوم، ۱۴۱۶ ه.ق، تهران ایران.

(۱۲۲) مجمع البیان فی تفسیر القرآن، طبرسی، فضل بن حسن، مقدمه: محمّد جواد بلاغی، ۱۰ جلد، ناشر: انتشارات ناصر خسرو، چاپ سوم، ۱۳۷۲ ه.ش، تهران ایران.

(۱۲۳) مجمع الفائده و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، مقدّس اردبیلی، احمد بن محمد، محقّق/ مصحّح: آقا مجتبی عراقی؛ علی پناه اشتهاردی و آقا حسین یزدی اصفهانی، ۱۴ جلد، ناشر: دفتر انتشارات اسلامی (وابسته به جامعه ی مدرسین حوزه ی علمیه ی قم)، چاپ اوّل، ۱۴۰۳ ه.ق، قم ایران.

(۱۲۴) محاضرات فی الفقه الجعفری، خویی، سید ابوالقاسم موسوی، محقّق: سید عبدالرزاق المقرم، ۴ جلد، ناشر: مؤسسه ی دایره المعارف فقه اسلامی، چاپ اوّل، ۱۴۲۹ ه.ق، قم ایران.

(۱۲۵) محاضرات فی أصول الفقه، خویی، سید ابوالقاسم موسوی، مقرّر: محمد اسحاق فیاض، ۵ جلد، ناشر: انصاریان، چاپ چهارم، ۱۴۱۷ ه.ق، قم ایران.

(۱۲۶) المحیط فی اللغه، صاحب بن عباد، کافی الکفاه، اسماعیل بن عباد، محقّق/ مصحّح: محمد حسن آل یاسین، ۱۰ جلد، ناشر: عالم الکتاب، چاپ اوّل، ۱۴۱۴ ه.ق، بیروت لبنان.

(۱۲۷) المجموع شرح المهذب، النووی، أبو زکریا محیی الدین یحیی بن شرف، ۲۰ جلد، ناشر: دار الفکر، بیروت لبنان.

(۱۲۸) مختلف الشیعه فی أحکام الشریعه، علامه حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، محقّق/ مصحّح: گروه پژوهش دفتر انتشارات اسلامی، ۹ جلد، ناشر: دفتر انتشارات اسلامی (وابسته به جامعه ی مدرسین حوزه ی علمیه ی قم)، چاپ دوم، ۱۴۱۳ ه.ق، قم ایران.

(۱۲۹) المصباح المنير فی غريب الشرح الكبير، فيومی، أحمد بن محمد، ۲ جلد در يک مجلّد، ناشر: مؤسسه ی دار الهجره، چاپ دوم، ۱۴۱۴ ه.ق، قم ايران .

(۱۳۰) المقنعه، شيخ مفيد، محمّد بن محمد بن نعمان عكبری بغدادی، يک جلد، ناشر: كنگره جهانی هزاره شيخ مفيد قدس سره -، چاپ اوّل، ۱۴۱۳ ه.ق، قم ايران.

(۱۳۱) المهذب، ابن براج، قاضی عبد العزيز طرابلسی، ۲ جلد، ناشر: دفتر انتشارات اسلامی (وابسته به جامعه ی مدرسين حوزه ی علميه ی قم)، چاپ اوّل، ۱۴۰۶ ه.ق، قم ايران.

(۱۳۲) مرآه العقول فی شرح اخبار آل الرسول- عليهم السلام -، علامه مجلسی، محمّد باقر بن محمّد تقی، محقّق/ مصحّح: سيد هاشم رسولی، ۲۶ جلد، ناشر: دار الكتب الاسلاميه، چاپ دوم، ۱۴۱۴ ه.ق، تهران ايران.

(۱۳۳) مسالک الأفهام إلی آيات الأحكام، فاضل جواد، جواد بن سعد اسدی كاظمی، ۴ جلد، ناشر: مكتبه المرتضويه.

(۱۳۴) مسالک الأفهام إلی تنقيح شرائع الإسلام، شهيد ثانی، زين الدين بن علی عاملی، محقّق/ مصحّح: گروه پژوهش مؤسسه ی معارف اسلامی، ۱۵ جلد، ناشر: مؤسسه المعارف الإسلاميه، چاپ اوّل، ۱۴۱۳ ه.ق، قم ايران.

(۱۳۵) مسائل علیّ بن جعفر و مستدركاتها، عريضی، علی بن جعفر، محقّق/ مصحّح: مؤسسه ی آل البيت- عليهم السلام - لإحياء التراث، يک جلد، ناشر: مؤسسه ی آل البيت- عليهم السلام -، چاپ اوّل، ۱۴۰۹ ه.ق، قم ايران.

(۱۳۶) مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، محدّث نوری، ميرزا حسين، محقّق/ مصحّح: مؤسسه ی آل البيت- عليهم السلام -، ۲۸ جلد، ناشر: مؤسسه ی آل البيت- عليهم السلام -، چاپ اوّل، ۱۴۰۸ ه.ق، بيروت لبنان.

(۱۳۷) مصابیح الأحکام، بروجردی، بحر العلوم، سید مهدی، محقّق/ مصحّح: سید مهدی طباطبائی و فخر الدین صانعی، ۲ جلد، ناشر: منشورات میثم التمار، چاپ اوّل، ۱۴۲۷ ه.ق، قم ایران.

(۱۳۸) مصارع المصارع، خواجه نصیر الدین الطوسی، محمد بن محمد بن الحسن، تحقیق: شیخ حسن معزی، یک جلد، ناشر: مکتبه آیه الله المرعشی، چاپ اوّل، ۱۴۰۵ ه.ق، قم ایران. (ملاحظات: این کتاب به همراه مصارعه الفلاسفه چاپ شده است.)

(۱۳۹) مصباح الأصول (مباحث الفاظ)، خویی، سید ابوالقاسم موسوی، مقرّر: محمد سرور واعظ حسینی بهسودی، ۲ جلد، ناشر: کتابفروشی داوری، چاپ اوّل، ۱۴۲۲ ه.ق، قم ایران.

(۱۴۰) مصباح الفقاهه فی المعاملات، خویی، سیّد ابو القاسم موسوی، مقرّر: محمّد علی توحیدی، ۷ جلد، ناشر: انصاریان، قم ایران.

(۱۴۱) المصنف، الحمیری الیمانی الصنعانی، أبو بکر عبد الرزاق بن همام بن نافع، محقق: حبیب الرحمن الأعظمی، ۱۱ جلد، ناشر: المجلس العلمی، چاپ دوم، ۱۴۰۳ ه.ق، هندوستان.

(۱۴۲) معانی الاخبار، شیخ صدوق، محمّد بن علی بن بابویه قمی، محقّق/ مصحّح: علی اکبر غفاری، ناشر: دفتر انتشارات اسلامی (وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیه قم)، ۱۴۰۳ ه.ق، قم ایران.

(۱۴۳) المعجم الفلسفی، جمیل صلیبا، ۲ جلد، ناشر: الشرکه العالمیه للکتاب، ۱۴۱۴ ه.ق، بیروت لبنان.

(۱۴۴) معجم مقائیس اللغه، ابو الحسین، احمد بن فارس بن زکریا، محقّق/ مصحّح: عبد السلام محمد هارون، ۶ جلد، ناشر: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه ی علمیه ی قم، چاپ اوّل، ۱۴۰۴ ه.ق، قم ایران.

(۱۴۵) المغنی فی فقه أحمد بن حنبل الشیبانی، عبد الله بن أحمد بن قدامه المقدسی أبو محمد، ناشر: دار الفکر، ۱۰ جلد، چاپ اوّل، ۱۴۰۵ ه.ق، بیروت لبنان.

(۱۴۶) مفاتیح الأصول، طباطبایی المجاهد، محمد بن علی، یک جلد، ناشر: موسسه آل البیت- علیهم السلام -، چاپ اوّل، ۱۲۹۶ ه.ق، قم ایران.

(۱۴۷) مفاتیح الغیب، فخر الرازی، فخر الدین محمد بن عمر التمیمی، ۳۲ جلد، ناشر: دار الکتب العلمیه، چاپ اوّل، ۱۴۲۱ ه.ق، بیروت لبنان.

(۱۴۸) مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه (ط- الحدیثه)، عاملی، سید جواد بن محمد حسینی، محقّق/ مصحّح: محمد باقر خالصی، ۲۳ جلد، ناشر: دفتر انتشارات اسلامی (وابسته به جامعه ی مدرسین حوزه ی علمیه ی قم)، چاپ اوّل، ۱۴۱۹ ه.ق، قم ایران.

(۱۴۹) مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه (ط- القدیمه)، عاملی، سید جواد بن محمد حسینی، محقّق/ مصحّح: (جلد ۹) محمد باقر حسینی شهیدی، ۱۱ جلد، ناشر: دار إحیاء التراث العربی، چاپ اوّل، بیروت لبنان.

(۱۵۰) مفردات الفاظ القرآن، راغب اصفهانی، حسین بن محمّد، محقّق/ مصحّح: صفوان عدنان داودی، ناشر: دار العلم الدار الشامیه، چاپ اوّل، ۱۴۱۲ ه.ق، لبنان سوریه.

(۱۵۱) مقابس الأنوار و نفائس الأسرار فی أحکام النبی المختار و عترته الأطهار، تستری، اسد الله کاظمی، ۱۲۳۷ ه.ق، یک جلد، ناشر: مؤسسه آل البیت- علیهم السلام -، چاپ اوّل، قم ایران.

(۱۵۲) مقالات فقهی(۳) (بررسی گسترده ی فقهی غیبت)، مدرّسی طباطبائی یزدی، سید محمد رضا، یک جلد، ناشر: مؤسسه ی پرتو ثقلین، چاپ اوّل، ۱۳۹۱ ه.ش، قم ایران.

(۱۵۳) مقالات فقهی(۷) (بررسی گسترده ی فقهی معونه الظالمین و ...)، مدرّسی طباطبائی یزدی، سید محمد رضا، یک جلد، ناشر: دار التفسیر، چاپ اوّل، ۱۳۹۳ ه.ش، قم ایران.

(۱۵۴) مکارم الأخلاق، طبرسی، حسن بن فضل، یک جلد، ناشر: شریف رضی، چاپ چهارم، ۱۴۱۲ ه.ق، قم ایران.

(۱۵۵) المکاسب و البیع، نائینی، میرزا محمد حسین غروی، مقرّر: میرزا محمد تقی آملی، ۲ جلد، ناشر: دفتر انتشارات اسلامی (وابسته به جامعه ی مدرسین حوزه ی علمیه ی قم)، چاپ اوّل، ۱۴۱۳ ه.ق، قم ایران.

(۱۵۶) ملاذ الأخیار فی فهم تهذیب الأخبار، علامه مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی، محقق/ مصحح: مهدی رجائی، ۱۶ جلد، ناشر: کتابخانه ی آیه الله مرعشی نجفی - رحمه الله علیه - ، چاپ اوّل، ۱۴۰۶ ه.ق، قم ایران.

(۱۵۷) من لا یحضره الفقیه، شیخ صدوق، محمّد بن علی بن بابویه قمی، محقّق/ مصحّح: علی اکبر غفاری، ۴ جلد، ناشر: دفتر انتشارات اسلامی (وابسته به جامعه ی مدرّسین حوزه ی علمیه قم)، چاپ دوم، ۱۴۱۳ ه.ق، قم ایران.

(۱۵۸) منهاج البراعه فی شرح نهج البلاغه، هاشمی خویی، میرزا حبیب الله؛ حسن زاده آملی، حسن؛ کمره ای، محمّد باقر، محقّق/ مصحّح: ابراهیم میانجی، ۲۱ جلد، ناشر: مکتبه الاسلامیه، چاپ چهارم، ۱۴۰۰ ه.ق، تهران ایران.

(۱۵۹) منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، نائینی، میرزا محمد حسین غروی، مقرّر: موسی بن محمد نجفی خوانساری، ۲ جلد، ناشر: المکتبه المحمدیه، چاپ اوّل، ۱۳۷۳ ه.ق، تهران ایران.

(۱۶۰) موسوعه الإمام الخويی، خويی، سيد ابوالقاسم موسوی، ۳۳ جلد، ناشر: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخويی قدس سره -، چاپ اوّل، ۱۴۱۸ ه.ق، قم ايران.

(۱۶۱) موسوعه الفقه الإسلامی طبقا لمذهب أهل البيت- عليهم السلام -، جمعی از پژوهشگران زير نظر سيد محمود هاشمی شاهرودی، محقّق/ مصحّح: جمعی از پژوهشگران مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی، ۱۱ جلد، ناشر: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بيت- عليهم السلام -، چاپ اوّل، ۱۴۲۳ ه.ق، قم ايران.

(۱۶۲) موسوعه مصطلحات علم المنطق عند العرب، فريد جبر؛ سميح دغيم؛ رفيق العجم و جيرار جهامی، يک جلد، ناشر: مكتبه لبنان ناشرون، چاپ اول، ۱۹۹۶ م، بيروت لبنان.

(۱۶۳) الميزان فی تفسير القرآن، علامه طباطبايی، سيد محمد حسين، ۲۰ جلد، ناشر: دفتر انتشارات اسلامی (وابسته به جامعه ی مدرسين حوزه ی علميه ی قم)، چاپ پنجم، ۱۴۱۷ ه.ق، قم ايران.

(۱۶۴) النجاه من الغرق فی بحرّ الضلالات، شيخ الرئيس ابن سينا، ابوعلی حسين بن عبدالله بن سينا، مقدمه و تصحيح: محمد تقی دانش پژوه، يک جلد، ناشر: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دوم، ۱۳۷۹ ه.ش، تهران ايران.

(۱۶۵) نكت النهايه، محقق حلّی، نجم الدين جعفر بن حسن، محقّق/ مصحّح: گروه پژوهش دفتر انتشارات اسلامی، ۳ جلد، ناشر: دفتر انتشارات اسلامی (وابسته به جامعه ی مدرسين حوزه ی علميه ی قم)، چاپ اوّل، ۱۴۱۲ ه.ق، قم ايران.

(۱۶۶) نهايه الإحكام فی معرفه الأحكام، علامه حلّی، حسن بن يوسف بن مطهر اسدی، ۲ جلد، ناشر: مؤسسه ی آل البيت- عليهم السلام -، چاپ اوّل، ۱۴۱۹ ه.ق، قم ايران.

(۱۶۷) نهايه الدرايه فى شرح الكفايه (ط- قديم)، محقّق اصفهانى، محمد حسين، ۳ جلد، ناشر: سيد الشهداء، چاپ اوّل، ۱۳۷۴ ه.ق، قم ايران.

(۱۶۸) النهـايه فى مجرد الفقه و الفتـاوى، شـيخ طوسـى، ابو جعفر محمـد بن حسن، يک جلـد، ناشـر: دار الكتاب العربى، چاپ دوم، ۱۴۰۰ ه.ق، بيروت لبنان.

(۱۶۹) نهـج البلاغه (نسـخه ى صـبحى صالـح)، سـيّد رضـى، محمّـد بن حسـين موسوى، محقّق/ مصـحّح: سـيد على نقى فيض الاسلام، ناشر: هجرت، چاپ اوّل، ۱۴۱۴ ه.ق، قم ايران.

(۱۷۰) نهـج الحقّ و كشف الصـدق، علامه حلّى، حسن بن يوسف بن مطهر اسدى، يک جلد، ناشـر: دار الكتاب اللبنانى، چاپ اوّل، ۱۹۸۲ م، بيروت لبنان.

(۱۷۱) نهج الفقاهه، حكيم، سيد محسن طباطبايى، يک جلد، ناشر: انتشارات ۲۲ بهمن، چاپ اوّل، قم ايران.

(۱۷۲) الوافى، فيض كاشانى، ملا محمد محسن بن شاه مرتضى، ۲۶ جلد، ناشر: كتابخانه امام أمير المؤمنين على عليه السلام -، چاپ اوّل، ۱۴۰۶ ه.ق، اصفهان ايران.

(۱۷۳) وسائل الشـيعه (تفصـيل وسائل الشـيعه إلى تحصـيل مسائل الشـريعه)، شـيخ حرّ عاملى، محمّد بن حسن، محقّق/ مصحّح: مؤسسه ى آل البيت- عليهم السلام -، ۳۰ جلد، ناشر: مؤسسه ى آل البيت- عليهم السلام -، چاپ اوّل، ۱۴۰۹ ه.ق، قم ايران.

(۱۷۴) الوسيله إلى نيل الفضيله، طوسى، محمد بن على بن حمزه، يک جلد، ناشر: انتشارات كتابخانه ى آيت الله مرعشى نجفى قدس سره -، چاپ اوّل، ۱۴۰۸ ه.ق، قم ايران.

(۱۷۵) هدایه الطالب إلی أسرار المکاسب، تبریزی، میرزا فتاح شهیدی، ۳ جلد، ناشر: چاپخانه اطلاعات، چاپ اوّل، ۱۳۷۵ ه.ق، تبریز ایران.

(۱۷۶) الهدایه فی الاصول و الفروع هدایه المتعلمین، شیخ صدوق، محمّد بن علی بن بابویه قمی، محقّق/ مصحّح: گروه پژوهش مؤسسه ی امام هادی علیه السلام -، ناشر: مؤسسه ی امام هادی علیه السلام -، چاپ اوّل، ۱۴۱۸ ه.ق، قم ایران.

درباره مرکز

بسمه تعالی

هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

آیا کسانی که می‌دانند و کسانی که نمی‌دانند یکسانند ؟

سوره زمر/ ۹

مقدمه:

موسسه تحقیقات رایانه ای قائمیه اصفهان، از سال ۱۳۸۵ هـ .ش تحت اشراف حضرت آیت الله حاج سید حسن فقیه امامی (قدس سره الشریف)، با فعالیت خالصانه و شبانه روزی گروهی از نخبگان و فرهیختگان حوزه و دانشگاه، فعالیت خود را در زمینه های مذهبی، فرهنگی و علمی آغاز نموده است.

مرامنامه:

موسسه تحقیقات رایانه ای قائمیه اصفهان در راستای تسهیل و تسریع دسترسی محققین به آثار و ابزار تحقیقاتی در حوزه علوم اسلامی، و با توجه به تعدد و پراکندگی مراکز فعال در این عرصه و منابع متعدد و صعب الوصول، و با نگاهی صرفا علمی و به دور از تعصبات و جریانات اجتماعی، سیاسی، قومی و فردی، بر مبنای اجرای طرحی در قالب « مدیریت آثار تولید شده و انتشار یافته از سوی تمامی مراکز شیعه» تلاش می نماید تا مجموعه ای غنی و سرشار از کتب و مقالات پژوهشی برای متخصصین، و مطالب و مباحثی راهگشا برای فرهیختگان و عموم طبقات مردمی به زبان های مختلف و با فرمت های گوناگون تولید و در فضای مجازی به صورت رایگان در اختیار علاقمندان قرار دهد.

اهداف:

۱.بسط فرهنگ و معارف ناب ثقلین (کتاب الله و اهل البیت علیهم السلام)

۲.تقویت انگیزه عامه مردم بخصوص جوانان نسبت به بررسی دقیق تر مسائل دینی

۳.جایگزین کردن محتوای سودمند به جای مطالب بی محتوا در تلفن های همراه ، تبلت ها، رایانه ها و ...

۴.سرویس دهی به محققین طلاب و دانشجو

۵.گسترش فرهنگ عمومی مطالعه

۶.زمینه سازی جهت تشویق انتشارات و مؤلفین برای دیجیتالی نمودن آثار خود.

سیاست ها:

۱.عمل بر مبنای مجوز های قانونی

۲.ارتباط با مراکز هم سو

۳.پرهیز از موازی کاری

۴.صرفا ارائه محتوای علمی

۵.ذکر منابع نشر

بدیهی است مسئولیت تمامی آثار به عهده ی نویسنده ی آن می باشد .

فعالیت های موسسه :

۱.چاپ و نشر کتاب، جزوه و ماهنامه

۲.برگزاری مسابقات کتابخوانی

۳.تولید نمایشگاه های مجازی: سه بعدی، پانوراما در اماکن مذهبی، گردشگری و...

۴.تولید انیمیشن، بازی های رایانه ای و ...

۵.ایجاد سایت اینترنتی قائمیه به آدرس: www.ghaemiyeh.com

۶.تولید محصولات نمایشی، سخنرانی و...

۷.راه اندازی و پشتیبانی علمی سامانه پاسخ گویی به سوالات شرعی، اخلاقی و اعتقادی

۸.طراحی سیستم های حسابداری، رسانه ساز، موبایل ساز، سامانه خودکار و دستی بلوتوث، وب کیوسک، SMS و...

۹.برگزاری دوره های آموزشی ویژه عموم (مجازی)

۱۰.برگزاری دوره های تربیت مربی (مجازی)

۱۱. تولید هزاران نرم افزار تحقیقاتی قابل اجرا در انواع رایانه، تبلت، تلفن همراه و... در ۸ فرمت جهانی:

۱.JAVA

۲.ANDROID

۳.EPUB

۴.CHM

۵.PDF

۶.HTML

۷.CHM

۸.GHB

و ۴ عدد مارکت با نام بازار کتاب قائمیه نسخه :

۱.ANDROID

۲.IOS

۳.WINDOWS PHONE

۴.WINDOWS

به سه زبان فارسی ، عربی و انگلیسی و قرار دادن بر روی وب سایت موسسه به صورت رایگان .

درپایان :

از مراکز و نهادهایی همچون دفاتر مراجع معظم تقلید و همچنین سازمان ها، نهادها، انتشارات، موسسات، مؤلفین و همه

بزرگوارانی که مـا را در دستیـابی به این هـدف یـاری نموده و یا دیتا های خود را در اختیار ما قرار دادنـد تقـدیر و تشـکر می نماییم.

آدرس دفتر مرکزی:

اصـفهان -خیابان عبـدالرزاق - بازارچه حاج محمد جعفر آباده ای - کوچه شـهید محمد حسن توکلی -پلاک ۱۲۹/۳۴- طبقه اول

وب سایت: www.ghbook.ir

ایمیل: Info@ghbook.ir

تلفن دفتر مرکزی: ۰۳۱۳۴۴۹۰۱۲۵

دفتر تهران: ۸۸۳۱۸۷۲۲ ـ ۰۲۱

بازرگانی و فروش: ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹

امور کاربران: ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹


مرکز تحقیقات رایانه‌ای
قائمیه
اصفهان
www
برای داشتن کتابخانه های تخصصی
دیگر به سایت این مرکز به نشانی
www.Ghaemiyeh.com
www.Ghaemiyeh.net
www.Ghaemiyeh.org
www.Ghaemiyeh.ir
مراجعه و برای سفارش با ما تماس بگیرید.
۰۹۱۳ ۲۰۰۰ ۱۰۹